جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الخطأ الطبي في العمل الجراحي

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص : عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة :

بوكابوس خليصة

تحت إشراف الأستاذة:

بشور فتيحة

لجنة المناقشة

الأستاذ :..رئيسًا

الأستاذ :..مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذ...عُضْوًا

السنة الجامعية

2013/2012

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي الكرام خاصة الأستاذة المشرفة "بشور فتيحة"

على مساعدتها لإتمام هذا العمل وعلى التوجيهات والنصائح

القيمة،إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل

من قريب أو بعيد

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى الوالدين أطال الله في عمرهما

إلى كل الإخوة والأخوات

إلى أختي الصغيرة أمال

إلى زوجي حفظه الله

إلى كل أساتذتي بكلية الحقوق جامعة آكلي محند أولحاج

قائمة المختصرات

ج: الجزء

ج ر: الجريدة الرسمية

د.س.ن: دون سنة النشر

ص: الصفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ط: الطبعة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق.ح.ص.ت.ج: قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

م: المادة

م.أ.ط.ج: مدونة أخلاقيات الطب الجزائري

مقدمـة

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وكرمه بأن جعله على رأس مخلوقاته في الاعتبار والتفضيل، حيث قال الحق في ذلك: " ولَقَدْ كَرَمْنَا بَنِي أَدَمْ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الْطَيِبَاتِ وَفَضَلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ". سورة الإسراء[1]، وقد أمر رسول الله الإنسان بالمحافظة على الحياة الإنسانية والاهتمام بالصحة من المخاطر والأمراض، فأمر عليه الصلاة والسلام بالتداوي من خطر الأمراض واللجوء إلى الطب والأطباء للمعالجة، إذ قال عليه الصلاة والسلام في ذلك: " إِنَ الله عَزَ وَجَلَ لَمْ يَنْزِلْ دَاء إِلاَ وَأَنْزَلَ دَوَاء ولا تَتَدَاوُوا بِحَرَامْ " رواه أبو داوود الترميذي وابن ماجة وأخرجه النسائي مسندا.

إن مهنة الطب من أهم المهن الإنسانية، لذا يتوجب على الطبيب أن يحافظ على أرواح الناس وسلامتهم عندما يقوم بواجباته، لأنها تعرض عليه واجبا أخلاقيا وواجبا قانونيا ببذل أقصى الجهود أثناء معالجة مرضاه، فمع التطور العلمي الذي عرفته مهنة الطب بدأ الالتزام ببذل العناية يتضح شيئا فشيئا.

وأصبح على عاتق الطبيب بذل اليقظة التي تقتضيها أصول المهنة على ضوء التطور العلمي، وإلا فإنه يمكن أن تقوم مسؤوليته عند مخالفة أحكام هذا الالتزام، وهذا ما يترتب عنه أخطاءا طبية يلحقها الأطباء بمرضاهم، حيث أصبحت ظاهرة شبه يومية في كثير من بقاع الأرض وأضحى موضوع الأخطاء الطبية في العمليات الجراحية بالخصوص حديث الصحف أحيانا، وحديث المجالس وأروقة المحاكم أحيانا أخرى.

فالأخطاء الطبية الجراحية في تزايد وذلك يرجع إلى تعب بعض الجراحين والأطباء في أداء مهامهم، كحقن المريض بمضادات حيوية بطريقة عشوائية دون الأخذ بعين الاعتبار الحساسية، أونسيان أدوات جراحية كمقص أوضمادات في أحشاء المريض، ما جعل من موضوع الأخطاء الطبية يأخذ حجما كبيرا من الأهمية، باعتبارها الركن الأول لقيام المسؤولية

[1] – سورة الإسراء الأية (70)

المدنية للطبيب الجراح، إلى جانب ركني الضرر والعلاقة السببية والحقيقة أن الإلتزام في العمليات الجراحية هو إلتزام ببذل عناية وليس إلتزاما بتحقيق غاية، ويبدو أن المحاكم تتشدد مع الجراحين أكثر من الأطباء العاديين، وذلك لأن شق البطون وقطع الشرايين وفتح الصدر أوالرأس أوبتر الأعضاء، إنما تتطلب من الطبيب الجراح الدقة واليقظة لتلافي أي خطأ يحدث أثناء إجرائها ويجدر بالذكر هنا أنه إذا كان المسؤول يمتلك الفرصة الأخيرة لتجنب الضرر الذي أصاب المضرور، ولكنه أهمل الإستفادة من هذه الفرصة فإن للمضرور الحق في الحصول على تعويض كامل حتى ولو كان هو قد ساهم في الخطأ.

على هذا الأساس سنحاول تحديد مفاهيم المسؤولية المدنية للطبيب الجراح، والتي ترتكز على أركان الثلاث، غير أن موضوع دراستنا هذا سيتمحور حول دراسة الخطأ الطبي في جانبه المدني الذي يعتبر من الأخطاء النموذجية في مجال المسؤولية الطبية المدنية لما تكتسيه من خصوصية، ولما يترتب عليه من أثار وأعراض تثير تساؤلات كثيرة قبل وبعد العملية كونه أهم مظهر من مظاهر المساس بجسم الإنسان.

نظرا لكون الأخطاء الطبية الجراحية تعد مشكلة في المجتمع فالموضوع يحوز على أهمية خاصة لدى جميع فئات المجتمع، فهي ليست مشكلة مهنية محصورة في علم الطب، لذلك كان لزاما البحث عن لمدى مسايرة المشرع للتطور الذي يلازم علم والعمل على توجيه الضحايا حول حقوقهم وحمايتهم، ومما لا شك فيه أن عامل التطور في الآلات والوسائل الجديدة في عالم الطب قد أدى إلى حدوث أخطاء سواء أكان ذلك راجعا إلى نقص التكوين أو لما يصدر من الجراحين من إهمال وعدم حيطة أو حتى لعدم توافق وتناسق التشريع مع هذا التقدم السريع.

يرجع سبب اختيار هذا الموضوع إلى عدم الأخذ بعين الاعتبار سلامة جسم الإنسان، وذلك لعدم الحيطة والحذر وعدم اليقظة لمزاولة مهنة الطب، مما يؤدي إلى أخطاء طبية تنتج عنها أضرارا جسيمة تلحق بالإنسان .

ومن بين أهداف هذا الموضوع هو البحث عن إمكانيات توقيع المسؤولية على الجراحين لاستحقاق التعويض الملائم والمناسب جراء الضرر الناتج عن أخطائهم، فعلى المشرع سد الثغرات القانونية لتكملة النقائص لمساعدة القاضي في دراسة الملفات الموجودة أمامه لإصدار أحكام أكثر دقة.

فأمام كثرة وتنوع الأخطاء الطبية الناجمة عن العمل الجراحي استوجب البحث عن المسؤولية المدنية الطبية التي تسلط على الجراح حال ما إذا ارتكب أخطاء وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مفهوم الخطأ الطبي الجراحي في مجال المسؤولية المدنية ؟

قد إتبعنا في الإجابة عن هذه الإشكالية المنهج الإستدلالي والمنهج الوصفي، وذلك بإبراز النصوص التشريعية السارية وبعض الإجتهادات القضائية من خلال دراسة هذا الموضوع في فصلين، حيث سنخصص الفصل الأول لدراسة ماهية الخطأ الطبي في العمل الجراحي و ذلك في مبحثين مستقلين بتحديد إرتباط الخطأ الطبي بالعمل الجراحي، ثم تحديد مضمون إلتزام الجراح. وسنتعرض في الفصل الثاني إلى أثار الخطأ الطبي في العمل الجراحي وذلك من خلال إبراز الضرر والعلاقة السببية التي يترتب عنها المسؤولية المدنية الطبية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، وفق مبحثين.

الفصل الأول: ماهية الخطأ الطبي في العمل الجراحي

إن اتصال الطبيب بسلامة جسم الإنسان وحياته إنما يكون عن طريق عمله الطبي وحيثما كان العمل كان هناك احتمال لوقوع الخطأ، فالخطأ قد يقع من الطبيب في ممارسة عمله الطبي، وإذا أفضى هذا الخطأ إلى إلحاق ضرر ما بالمريض قامت مسؤولية الطبيب(1).

فيعتبر الخطأ الطبي أحد أوجه الخطأ الفني أو المهني، يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته، والتي يجب عليه مراعاتها والإلمام بها(2). الأمر الذي يضع في يد الطبيب وسائل التشخيص والعلاج على نحو مثالي ووفق الأصول العلمية الطبية، فعليه أن يبذل في هذا الجانب الحرص والعناية اللازمتين لحماية المريض الذي سلم نفسه غائبا عن الوعي بفعل التخدير بين يدي الطبيب الجراح.

ولمعالجة ماهية الخطأ في هذا المجال، رأينا أنه لا بد من تحديد ارتباطه بالعمل الجراحي، وذلك لاتصاله بجسم وحياة الإنسان ومن ثم تحديد مفهوم كل من العمل الجراحي وخطا الطبيب أثناء تدخله لمعالجة المريض (المبحث الأول) هذا من جهة، ومن جهة أخرى نحدد مضمون التزام الطبيب أثناء تدخله لمعالجة المريض وذلك بتوفير العناية الواجبة عليه وفقا لأخلاقيات مهنة الطب وقوانين ممارستها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ارتباط خطأ الطبيب بالعمل الجراحي

يعد علم الطب من العلوم المهمة في الحياة البشرية، وبتعلمه وتطبيقه تتحقق كثير من المصالح العظيمة والمنافع الجليلة للإنسان، التي منها حفظ الصحة ودفع ضرر الأمراض عن بدن الإنسان، ويكون ذلك بالتدخل الجراحي والذي يهدف إلى علاج وتحسين الحالة الصحية للمريض، وقد يكون عن طريق جرح أو شق أو استئصال الداء الذي يعرض صحة المريض للخطر، وفقا للأصول المهنية الطبية على يد طبيب جراح مختص، إلا أن هذا العمل قد يؤدي إلى أضرار، وذلك بسبب إخلال الطبيب الجراح بالالتزامات والواجبات التي تمليها عليه قواعد

---

1 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان 2007، ص11.

2 – بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المنافشة 2011/10/05، ص12.

مهنة الطب، والإحجام عن تطبيقها مما يؤدي إلى الوقوع في الخطأ والإضرار بصحة المريض وهو في يده، فما هو العمل الجراحي(المطلب الأول) ، ومفهوم الخطأ الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم العمل الجراحي

إن خطأ الطبيب أثناء قيامه بالعمليات الجراحية ينطوي عليه مساس كبير بسلامة جسم الإنسان، ولولا أن المرجو منها إزالة علة يعاني منها الإنسان، فهي تعتبر إحدى الوسائل العلاجية، لذلك يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص المريض بدقة وعناية فائقة قبل وبعد العملية الجراحية لذا من الضروري تعريف العمل الجراحي (الفرع الأول)، وتحديد نطاقه (الفرع الثاني) إلى جانب أن الجراحة الطبية مقيدة بشروط تجعل عمل الطبيب الجراح عملا جائزا ومشروعا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العمل الجراحي

يستوجب لتعريف العمل الجراحي، تحديد المعنى اللغوي والاصطلاحي للجراحة، ثم التطرق من خلال ذلك إلى تحديد المعنى الفقهي والتشريعي في هذه المسألة.

أولا: التعريف اللغوي

الجراحة لغة مصدر من الفعل جرح، يقال: جرحه، يجرحه، جرحا، إذا أثر فيه بالسلاح والجراحة اسم الضربة أو الطعنة، وتجمع على جراح وجراحات، يقال: جرح له من ماله، يعني قطع منه قطعة، وجرحه من باب قطع، وكما ستعمل كلمة الجرح في الدلالة على المعنى الكسب، فيقال: جرح الشيء واجترحه بمعنى كسبه، ويقال: فلان "جارح أهله" بمعنى كاسبهم[(1)].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

هو إستئصال عاهة أو رتق تمزق أو عصب، أو بقصد إفراغ سائل مرضي أو استئصال عضو مريض أو شاذ.

وعليه يكون هذا الأخير، عن طريق عمل يهدف إلى إصلاح هذه العاهة أو الآفة التي تصيب موضعا من جسد الإنسان، مثل القرحة التي تصيب المعدة، أو رتق تمزق، بمعنى ضم ما تفرق

---

[1] – أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي، مجلة منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 19، الإمارات العربية المتحدة ، د.س.ن، ص3.

من العضو المصاب بجروح، كما يهدف إلى تنظيف الجروح الملتهبة المشتملة على سائل مرضي ثم خياطة وقطع أي عضو خارجي من الجسم[1]، و على هذا يمكن بيان المعنى الفقهي و التشريعي للعمل الجراحي.

1) المعنى الفقهي

أ)- تعريف الفقهي القانوني

اجتهد الفقه القانوني في وضع تعريف ملائم للعمل الطبي بوجه عام، والعمل الجراحي بوجه خاص باعتبار هذا الأخير يعد نوع من أنواع الأعمال الطبية الممارسة من طرف الطبيب الجراح[2].

فالجراحة حسب الدكتور "Cloude Allaimes" يعرفها على أنها:" اختصاص طبي يقصد العلاج باستعمال اليدين"[3].

وعرفه البعض على أن:

"الأعمال تشمل جميع حالات التدخل الطبي لتحسين الحالة الصحية للمريض أوعضو من أعضائه. ولذلك فهي تشمل أعمال الجراحة وأيضا طب التجميل، كما تشمل أيضا جميع الأعمال الأخرى اللازمة لمزاولة المهنة كحيازة المواد المخدرة التي يتطلبها العلاج أوالتدخل الجراحي"[4].

وعرفه البعض الأخر على أنه:

كل عمل يأتيه طبيب أو شخص مرخص له بمزاولة الطب بقصد العلاج من مرض أو من التخفيف من حدته، أو الوقاية منه[5].

---

1 – سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ مناقشة 2001/02/28، ص14–15.

2 – أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع سابق، ص3.

3 – سامية بومدين، المرجع سابق، ص14.

4 – عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط1، دار المركز الجامعي، ، مصر 2008، ص21

5 – المرجع نفسه، ص20.

ب)- تعريف الفقهي الشرعي

روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: دخلنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، على رجل من الأنصار نعوده بظهره ورمٌ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، هذه مدة، أخرجوها عنه، فبطه[1]، ورسول الله صلى الله عليه وسلم شاهد".

ويقول الإمام ابن قيم الجوزية: "وفي البط فائدتان: أحدهما إخراج المادة الرديئة المفسدة والثانية منع اجتماع مادة أخرى إليها تحتويها"[2].

ويتضح مما تقدم أن العمل الجراحي يكون بإحداث جرح في الجسم بغية العلاج، حيث يعتبر العلاج هو الهدف الأساسي من الجراحة عند الأطباء، إذ يقصدون من إجرائها مداواة المريض وإنقاذه من الأمراض وأخطارها[3]، ولذلك فهي تعتبر من بين الأعمال الطبية التي تتطلب كل الحيطة والحذر التي ترسمها الخبرة الإنسانية العامة، وفوق ذلك ما تمليه القواعد الفنية المعمول بها في طرق العلاج[4].

2) المعنى التشريعي

لم ينص التشريع الجزائري عن تعريف للعمل الجراحي صراحة، ولكن أشار ضمنيا إلى ذلك، عندما أدخله في العمل الطبي باعتباره من مشتملاته.

إذ نص المشرع الجزائري على العمل الطبي من خلال القوانين الصادرة في مجال الصحة منها المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[5]، التي تنص على ما يلي:"**يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض،لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو**

---

[1] – بطه: أي شقه: الشق يقصد به الكشف عن موضع الداء واستئصاله أو الكشف عن موضع معين لإنقاذ النفس وإزالة الضرر الموجود، نقلا من: فهد بن عبد الله الحزمي، الوجيز في أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص ص 1-57. الموقع الالكتروني: http:/www.safhatk.com, ص23 .

[2] – أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع سابق، ص3.

[3] – المرجع نفسه ص3.

[4] – عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع سابق، ص18.

[5] – مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 (5) الموافق ل 8 يوليو سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ،ج ر ، العدد 52 المؤرخ في 7 محرم عام 1413 .

جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته"

كذلك نصت المادة 34 من نفس القانون على: "**لا يجوز إجراء عملية بتر أو استئصال العضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ....**" [1].

كما يلاحظ أن القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2]، الذي نصت عليه في المادة 195 بما يأتي: "........**السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم**"

يظهر من خلال استقراء المواد السالف ذكرها أن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا للعمل الجراحي بحيث لم ينص عليه صراحة وإنما أشار إليه من خلال شروط ممارسة مهن الصحة ونظامها.

فالعمل الجراحي هو البديل في حالة فشل العلاج الدوائي من تحقيق أهدافه للتخفيف من ألام المرض والشفاء منه، أي تقديم العلاج الضروري والملائم في حال ما إذا كان المريض في حالة خطرة، وهذا ما يتبين من خلال المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب وقانون حماية الصحة وترقيتها من خلال العبارات التي إستعملها وهي كالأتي : "**كل عمل طبي**"، "**يقدم العلاج الضروري**" "**إذا كان المريض في خطر**"، "**حالة استعجالية**".

إلى جانب أن المشرع الجزائري لم يذكر تعريف للعمل الجراحي وإنما ذكر بعض أعمال الجراحة من بتر واستئصال و يظهر ذلك من خلال نص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب السابقة الذكر.

وعليه فالجراحة هو جزء من الفن الطبي، جائزة باعتبارها تعالج يدويا بواسطة وسائل وأدوات، بعض الأمراض التي لا يقتصر شفاؤها على الأدوية فقط، فغايتها شفاء المريض وليس

---

1 – م34 من م.أ.ط.ج تنص على مايلي:"لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو إستئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة و ما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو إستحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته ".

2 – قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، العدد 8 المؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1405.

بتر: هي من أهم الأعمال الجراحية، أي إبانة العضو أو جزئه عن الجسم سواء كان من مفصل أم لا، وقد يكون جزءا غريبا ناشئا بسبب علة.

الاستئصال: يقوم الطبيب بانتزاع العلة من جذوره، وغالبا ما يجري لعلاج الأورام والغدد الملتهبة وهذه العملية مشروعة في الجملة للحاجة، فقد تصل الضرورة كما في استئصال الأورام الخبيثة (السرطان)، نقلا عن: فهد بن عبد الله الحزمي، المرجع سابق، ص ص 20-21.

تعديل وتغيير البنية الطبيعية التي هو عليها بالولادة أو الفطرة[1]، وإنما هو فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب.

الفرع الثاني: نطاق العمل الجراحي

من المعروف أن العمليات الجراحية فوائدها كبيرة بالنسبة إلى من يحتاجها من المرضى، ولكن على الطبيب أن يحتاط كثيرا لإجرائها وأن يبذل العناية الكافية قبل القيام بذلك، وأن لا يجريها إلا بعد الجزم بأنها الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض، إذ يتعين على الطبيب إجراء الفحوصات المطلوبة للتأكد من أن حالة المريض الصحية تقتضيها للتخلص من الألم، وتكون هذه الفحوصات السابقة للعملية (أولا)، ما يوضح للطبيب الجراح حالة المريض ويتيح له تقديم العلاج المناسب من خلال إجراء العملية الجراحية المناسبة له (ثانيا)، إلا أن عمل الطبيب لا يتوقف في هذه المرحلة وإنما يتعدى ليشمل رقابته لعمله ولفريقه الطبي وذلك حفاظا على سلامة المريض من أي خطأ (ثالثا).

أولا: مرحلة الفحص الطبي السابق للعملية

ينبغي على الطبيب قبل العملية الجراحية القيام بالفحص الشامل الذي تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة العملية، إلا أن هذا الفحص يجب أن يكون على الحالة العامة للمريض، ولا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو الذي سيكون محلا للعملية[2].
قد تطرق المشرع إلى هذه المرحلة من خلال المادة 18 من م.أ.ط.ج والتي تنص على:"**لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض**"

وعليه يجب على الجراح أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية[3]، إلا أن هذا الالتزام لا يقع على الجراح فقط وإنما يشمل طبيب التخدير أيضا، فتحديد فصيلة دم المريض هو عمل يخص بالضرورة طبيب التخدير، إلا أنه على الجراح أن يتأكد بنفسه من انجاز هذا الفحص،

---

[1] – سامية بومدين ، المرجع سابق، ص11.

[2] – محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية الطبية، (الطبيب الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلاني، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د.س.ن، ص73.

[3] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، مصر 2011، ص421.

لا سيما وأن نقل دم المريض هو أمر وارد أثناء إجراء العملية الجراحية، إلى جانب ذلك يجب الإلتزام بعمل الفحوص التمهيدية على كل من الجراح و طبيب التخدير أيضا[1].

ففي هذه المرحلة لا يقبل من الجراح إهمال طرق الفحص الحديثة والتحاليل الطبية، والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك لازما لصحة تقديره، ومعرفة حالة المريض قبل إجراء العملية، ولا يعفى من ذلك إلا إذا لم تساعده الإمكانيات والظروف نظرا لبعد المنطقة.

وكقاعدة عامة، والمستقر لدى جميع خبراء أهل مهنة الطب، أن عدم قيام الطبيب الجراح بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية المطلوبة يعد هنا إهمالاً في جانب الطبيب الجراح، ويكون مسؤولاً عن إهماله بعدم إجراء تلك الفحوص والأشعة وعدم طلب ذلك، إذا أدت إلى مضاعفات تتسبب في إصابة المريض بعجز أو تؤدي إلى وفاته[2].

ثانيا: مرحلة إعداد العملية الجراحية

في هذه المرحلة يعد العلاج الملائم للمريض هو إجراء عملية جراحية بعد فشل كل طرق العلاج الأخرى، وعليه فالتدخل الجراحي مقصود به تحقيق غرض علاجي، كتخليص المريض من علة أو من مرض، أو للتخفيف من حدته، أو الوقاية منه[3]، فالطبيب يبذل العناية اللازمة والجهود الصادقة في وصف العلاج اللازم، إذ أنه لا يسأل عن الطريقة التي يتبعها في العلاج طالما يراها حسب معرفته وتجاربه، أنها أكثر ملائمة للحالة المرضية التي يعالجها[4].

إلا أن هذا لا يمنع بالتزام الطبيب الجراح بتبصير المريض بالعلاج الواجب إتباعه وفقا لحالته، وأن يحيطه علما بالنتائج المألوفة للعمل الجراحي[5]. كما يقع على الجراح التزام بعدم

---

[1] – أمير فرج ، أحكام المسؤولية على الجرائم الطبية من الناحية الجنائية، المدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، مصر 2011، ص89.

[2] – المرجع نفسه، ص66.

[3] – منير رياض حنا، المرجع سابق، ص437.

[4] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص24.

[5] – منير رياض حنا، المرجع سابق، ص437.

الشروع في إجراء التدخل الجراحي ما لم يكن مستعدا لذلك، استعدادا نفسيا، وذهنيا تاما، وإلا عد مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر [1].

وهذا ما نصت عليه المادة 43 من م.أ.ط.ج على أن: "**يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي**".

وكذلك ما أكدته محكمة النقض بباريس أن الجراح لا يمكنه أن يكتفي بتدخله في العمليات الجراحية اللازمة، وفي إعطاء التعليمات العلاجية المناسبة، بل يجب عليه أيضا أن يزود المريض بالتعليمات والنصائح التي من شأنها أن تجنب وتخفف النتائج الأليمة والمألوف حدوثها، ووفقا لردود أفعال جسده[2].

ثالثا: مرحلة الرقابة الطبية

لايقف التزام الطبيب الجراح عند مجرد إجراء العملية الجراحية، بل يمتد التزامه بالعناية بالمريض إلى ما بعد ذلك، حتى يتفادى نتائج ومضاعفات العملية من جهة، ومن جهة أخرى حتى يستطيع امرض الخروج من الغيبوبة، ويستعيد نفسه،ولا يصل ذلك_ بطبيعة الحال_ إلى حد ضمان شفاء المريض و نجاح العملية بل يقتصرعلى الإستمرا في الرعاية و بذل العناية[3].

ولم يرد في قانون مزاولة مهنة الطب سواء الفرنسي أو المصري نصوص على الرقابة العلاجية، إلا أن القضاء استقر على إبراز أهمية التزام الجراح وبمتابعة حالة المريض وتطورها وإعطاء الأوامر والتوجيهات اللازمة بشأنه بعد تمام العملية الجراحية[4]، إذ لا يجوز منطقيا تحميل المسؤولية لغير الطبيب من العاملين معه (من ممرضين ومساعدين آخرين).

ومرد ذلك أن المريض في الغالب لا يعرف سوى الطبيب الجراح الذي يجري له العملية وأن الطبيب هو الأكثر دراية وعلم عن غير، وإذا كان من واجب الممرضة إحصاء قطع الشاش والأدوات المستعملة في الجراحة والتأكد من تمامها، وهو ما يتذرع به عادة الأطباء لدفع المسؤولية عنهم، إلا أن الطبيب هو رئيس الفريق الطبي ومسؤول عن كل ما يحدث للمريض

---

1 – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر،2008 ص 349.

2 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص334.

3 – المرجع نفسه ، ص430.

4 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص25.

داخل غرفة العمليات، وأنه مسؤول عن أعمال من هم في معيته مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه و هذا هو إتجاه القضاء في مصر و فرنسا[1].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بباريس إدانة أخصائي بوصفه مسؤول عن وفاة طفل بسبب انعدام المراقبة اللاحقة على إجراء العملية الجراحية[2].

أما المشرع الجزائري فقد ذهب نحو ما قضى به القضاء الفرنسي والمصري، من خلال نصه في قانون الصحة وترقيتها في م 196 على الرقابة العلاجية التي تكون تحت مسؤولية الطبيب عن طريق المساعدين الطبيين، والتي تنص على ما يلي:**" يكلف المساعدون الطبيون، حسب اختصاصهم وتحت مسؤولية طبيب أو صيدلي أو جراح أسنان بما يأتي:**

- **السهر على احترام أسس المداواة والعلاج الطبي الموصوف.**
- **المراقبة الدائمة لحالة المرضى ونظافتهم الجسدية....".**

وفي الأخير نستخلص انه قد يظهر الخطأ الطبي في مراحل مختلفة للعمل الجراحي سواء في الفحص وبالتالي يؤدي ذلك إلى خطأ في العلاج الطبي أي في الجراحة، وقد يظهر الخطأ الطبي في مرحلة الرقابة والإشراف، والذي يكون له أثر بالغ في تفاقم بعض الأمراض نتيجة الإهمال أو الخطأ في متابعة المريض بعد خروجه من حجرة العمليات[3].

الفرع الثالث: شروط القيام بالعمل الجراحي

يجيز القانون للأطباء التعرض لأجسام المرضى، وذلك بإجراء العمليات الجراحية مهما بلغت جسامتها، وكذلك إحراز المواد المخدرة اللازمة لإجراء هذه العمليات. وإجازة هذه الأعمال تستند إلى حق يخول بالقوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب، فمتى كان عمل الطبيب في دائرة حقه فإنه يكون مباحا[4]، هذا ويشترط للقيام بهذا العمل توافر الشروط الآتية: الترخيص القانوني أي يكون من أجراه مرخصا له قانونا بإجرائه (أولا)، وأن يكون الفعل الذي أجري بقصد العلاج (ثانيا)، وأن يتحصل الطبيب على رضا المريض، أي أن يأذن المريض أو وليه بفعل الجراحة (ثالثا) مع مراعاة الأصول الطبية العلمية أثناء التدخل الجراحي (رابعا).

1 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص 30.

2 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع سابق، ص ص 434–435.

3 – أمير فرج، المرجع سابق، ص 64.

4 – محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء على العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1991، ص 185.

أولا: الترخيص القانوني

يشترط لمزاولة العمل الطبي الجراحي، أن يصدر ترخيصا للشخص الذي يمارس ذلك العمل الجراحي[1]وإلا فإنه يكون مسؤولا سواء كان تحقق الغرض الذي قصده بشفاء المريض أو لم يتحقق[2].

والترخيص قد يكون عاما، شاملا لكل الأعمال الطبية، وقد يكون مقتصرا على بعضها، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون مجالا للإباحة إلا إذا كان العمل داخلا في حدود الترخيص، أي في محل اختصاص الطبيب[3].

وعليه فالترخيص القانوني هو حصول الطبيب على ترخيص إداري لممارسة مهنة الطب يمنح له من قبل وزير الصحة[4].

ومن هنا يتبين لنا أن المشرع وضع شروطا خاصة يجب أن تتوافر في الأطباء حتى يصبحوا من الناحية القانونية مجازا لهم بممارسة مهنة الطب، دون ترتيب مسؤولية قانوينة[5].

إضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز لأحد ممارسة هذه المهنة في مجال اختصاصي، ما لم يكون حائزا على شهادة الاختصاص الطبي أو ما يوازيها بمعادلتها للشهادات الأجنبية، وهذا ما نصت عليه المادة 198 من نفس القانون على ما يلي: **"لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي، أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في**

---

[1] – عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع سابق، ص43.

[2] – محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع سابق، ص185.

[3] – أحمد محمد بدوي، نقل وزع الأعضاء البشرية، سعد سمك المطبوعات القانونية والاقتصادية، مصر، ص 33.

[4] – م197 من قانون الصحة وترقيتها التي تنص على ما يلي: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان مع رخصة يسلمها لوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

–أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي،أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها،

– أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة،

– أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف،

– أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

[5] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2004 ، ص29.

الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه".

وعليه فإنه تبدو الحكمة من شروط الترخيص القانوني هو الحفاظ على صحة الأفراد وصونها من عبء الدخلاء على مهنة الطب، والذي ليس لهم تأهيل علمي للقيام بهذه المهنة الجليلة، إلى جانب الحرص على تفادي الأخطاء الطبية[1].

ثانيا: قصد العلاج

لا يكون عمل الطبيب أو الجراح مشروعا إلا إذا كان مقصودا به علاج المريض، فعلاج المريض هو الغرض أو الهدف الرئيسي الذي يقوم عليه حق الأطباء في الجراحة[2]، ومن ثم لا يعد فعل الطبيب مشروعا إذا انحرف عن هذا الهدف أو خرج عن هذه الغاية فلا يعد قصد العلاج متوافرا متى كانت غاية الطبيب إجراء تجربة علمية على المريض[3]، مثال ذلك أن يجري له عملية جراحية تجعله معيبا وغير أهل ليتحمل الجندية كقطع أصبع أو ثقب طبلة الأذن أو ما شابه ذلك[4].

وعليه فالهدف الذي يقصده الطبيب من جراء عمله الجراحي هو تخفيف المرض من خلال تقديم العلاج الضروري والملائم حسب حالة المريض.

ثالثا: رضا المريض بإجراء العملية الجراحية

لا يكون عمل الطبيب مباحا إلا إذا رضي المريض به، فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك، ولكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم[5]. ولذلك فإن أعمال الطبيب من الجراحة تستند إلى حق مقرر بمقتضى قانون مزاولة المهنة الطبية، ومن الشروط الخاصة باستعمال هذا الحق أن يرضى المريض بتدخل الطبيب[6].

---

1 – محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع سابق، ص187. عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع سابق، ص47.

2 – محمود محمد عبد العزيز الزيني ، المرجع نفسه، ص190.

3 – عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع سابق، ص54.

4 – محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع سابق، ص191.

5 – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص33.

6 – محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع سابق، ص188.

والرضا قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، كما لو ذهب المريض إلى غرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التي تقتضيها حالته، ولكي يكون الرضا ذا قيمة قانونية فمن المتعين توضيح نوع العلاج أو الجراحة تفصيلا للمريض حتى يصدر رضاؤه وهو على بينة من الأمر[1].

وتطبيقا للقاعدة العامة فإن التعبير عن إرادة الشخص يمكن أن تكون صريحة شفوية كانت أو كتابية وهذا ما نصت عليه المادة 60 ق.م.ج[2] التي تنص على أن: " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.**

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

كما نص قانون ممارسة مهنة الطب على رضا المريض كشرط لإجراء العملية الجراحية في المادة 34 من م.أ.ط.ج التي تنص على "..........**إلا بعد إبلاغ المعني أو وصية الشرعي وموافقته**".

وكذا المادة 44 من نفس المرسوم التي تنص على أن: "................**لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة**............".

وعليه فلا تجرى العملية الجراحية بدون رضا المريض إلا في حالة الضرورة[3]، كما يجب النظر إلى الحالة التي لا يكون فيها المريض أهلا للتعبير عن رضائه بمباشرة الأعمال الطبية على جسده[4]، فهناك حالتان يجوز فيهما للطبيب القيام بالعملية الجراحية دون إذن وهي كالأتي:

---

[1]– أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص33.

[2] – أمر رقم 75–58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة في 24 رمضان1395هـ الموافق ل 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم .

[3] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص71.

[4] – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق ، ص34.

الحالة الأولى:

في هذه الحالة يكون المريض مهدد بالموت أو تلف عضو أكثر من إذا لم يتم إسعافه بالجراحة الطبية اللازمة فورا، ولا تسمح حالته بأخذ الموافقة مثل التهاب الزائدة الدودية وجراحات الحروب، أما بالنسبة للإذن فهو واجب في حال الإمكان، و في حال التعذر والخوف على النفس فإنه يسقط الحكم بوجوبه.

ويبقى وجوب إنقاذ النفس على الأطباء كما هو، فيلزمهم القيام بواجبهم[(1)]، وهذا ما نصت عليه المادة 44 على أنه: "....**أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر، أو غير قادر على الإدلاء بموافقته**".

الحالة الثانية:

يكون المريض غير متمتع بالأهلية القانونية التي ترخص له التصرف في النطاق الفردي الذي لحقه في السلامة الجسدية، كأن يكون صغيرا غير مميزا أو مجنونا وسفيها.

وهنا تعتمد النظم القانونية برضا ممثليه القانونيين كالولي والوصي، والتي تكون لازمة لمباشرة الأعمال الطبية على المريض[(2)].

رابعا: مراعاة الأصول العلمية لممارسة العمل الطبي

من أهم الشروط التي تطبع المشروعية على العمل الطبي أن تكون ممارسة الطبيب لعمله قد تمت حسب الأصول العلمية المعروفة لدى أهل العلم والاختصاص، وأن يتبع فيها القواعد المهنية التي لا يمكن التنازل عنها[3].

ولذلك يسأل الطبيب الذي أجرى عملية جراحية بأدوات غير معقمة، أو إذا ترك أداة من أدوات الجراحة سهوا في بطن المريض، مما أدى إلى جراحة أخرى توفي بسببها، أو حالة قيامه بإجراء عملية جراحية دون وجود مختص في التخدير، فالجراح وبحكم تخصصه، لا يجب أن يتفنن في أعماله، وإنما يجب أن تكون جهوده متفتحة مع الأصول

---

[1] – فهد بن عبد الله الحزمي، المرجع سابق، ص ص17–18.

[2] – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص34.

[3]– سامية بومدين، المرجع سابق، ص89.

العلمية الثابتة[1]، ولذلك وضع المشرع التزاما على عاتق الطبيب بالامتثال لمعطيات العلم الحديثة،في المادة 45 من م.أ.ط.ج[2].

المطلب الثاني: مفهوم الخطأ الطبي

يعتبر الخطأ شرط ضروري لقيام مسؤولية المدنية، بل تجعل منه الأساس الذي تقوم عليه، إذ يجب على المضرور أن يتمسك بخطأ وقع من الفاعل ويقيم الدليل عليه[3]. وبالتالي فالخطأ الطبي يخضع للمبادئ العامة الموجب للمسؤولية المدنية لأن معظم النصوص القانونية لمزاولة مهنة الطب اقتصرت على بيان واجبات والتزامات الأطباء دون وضع الجزاءات المدنية في حالة الخروج عليها أو الإخلال بها[4]. وعليه فإنه لتحديد مفهوم الخطأ الطبي لا بد أن نحدد تعريفا له من جهة، ومن جهة أخرى، نحدد معيار الذي يقدر به لقيام المسؤولية الطبية (الفرع الأول)، ويستوجب كذلك التطرق إلى تحديد طبيعة الخطأ الطبي بإعتباره يرتب المسؤولية على الطبيب بإختلاف درجاته(الفرع الثاني)، إلى جانب تحديد إختلاف توقيع هذه المسؤولية بإختلاف المكان الذي إرتكب فيه الخطأ من خلال بيان نطاق الخطأ في العمل الجراحي (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي ومعيار تقديره

يكون إتصال الطبيب بجسم الإنسان وحياته عن طريق عمله الطبي، وإذا وقع خطأ وإذا أفضى إلى إلحاق ضرر ما بالمريض قامت المسؤولية الطبية[5]. وعليه فإنه لا بد من تحديد معنى الخطأ الطبي (أولا) و المعيار الذي يؤخذ به في تقديره (ثانيا).

أولا: تعريف الخطأ الطبي

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب، نجد أنها لم تقرر مسؤولية الأطباء المدنية الناشئة من أخطائهم أثناء ممارستهم للمهنة، أوتتعرض لبيان الخطأ في

[1] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص89.

[2] – م45 م.أ.ط.ج تنص على أن: " الطبيب أو جراح الأسنان يلتزم بمجرد موافقته على طب المعالجة، بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين المؤهلين".

[3] – محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص147.

[4] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص30.

[5] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص ص 11–12.

نطاق الأعمال الطبية[1]، تاركة ذلك للفقه والقضاء لتحديد معنى الأخطاء الموجبة للمسؤولية المدنية الطبية.

وعليه فقد تعددت تعاريفها ولعل أبسطها وأكثرها قربة لفكرة الخطأ هو ما جاء به الفقيه بلا نيول، حيث يقول: " إن الخطأ هو الإخلال بواجب سابق"[2].

فالخطأ الطبي يستمد تعريفه من الخطأ بوجه عام، لذا لابد قبل التعريف بفكرة الخطأ الطبي، من تحليل فكرة الخطأ بصفة عامة باعتبارها أساسا للمسؤولية المدنية ككل، ثم قياس تعريف الخطأ على الخطأ الطبي[3].

و يعرف الخطأ بأنه: "إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو على القانون أو قواعد الأخلاق"[4].

وعرفه الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري أنه: " انحراف في السلوك، هو تعد من الشخص في تصرفه متجاوزا فيه الحدود التي يجب عليه الالتزام بها في سلوكه ويكون الخطأ قصديا أو غير قصدي"[5].

ونجد أن المشرع قد أخذ بالمفهوم التقليدي للخطأ وذلك بنصه في المادة 124 من ق.م.ج بأنه: "**كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

وعلى ذلك فإن الخطأ مهما كان يسيرا أو تافها أو ضئيلا فإنه كاف لتحقيق المسؤولية المدنية.

و نصت المادة 125 من نفس القانون على أن : "**يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز**". لهذا ينبغي إضافة شرط التمييز إلى التعاريف السابقة ليصبح الخطأ يقوم على عنصرين، أحدهما موضوعي هو الإخلال بواجب قانوني، وثانيهما شخصي هو توافر التمييز لدى الفاعل المخل بالواجب[6].

---

1 – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص 153–154

2 – المرجع نفسه، ص147.

3 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص31.

4 – علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعريض، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص60.

5 – أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2000، ص844.

6 – محمد رايس، المرجع سابق، ص 148.

نلاحظ أنه على الرغم من اختلاف كل هذه التعاريف، فإنها تصب جميعها في معنى واحد، هو أن الخطأ إخلال بالتزامات كان يجب على الفرد مراعاتها واحترامها، فعندما يباشر الطبيب مهنته، فذلك يستلزم منه دراية خاصة، ويكون ملزما بالإحاطة بأصول فنه وقواعد عمله التي تمكنه من مباشرتها، ومتى كان جاهلا لذلك عُدَ مخطئا[1].

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري نص في م 172 من ق.م.ج[2] عن الإلتزام بالعمل، وعليه فإنه ما يقع من التزام على عاتق الطبيب، أن يحافظ على صحة المريض وحياته، وأن يكون قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله طبيب عادي أخر حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود[3].

لذا نصت القوانين الخاصة بمهنة الطب فقد نصت على واجبات والتزامات الطبيب نحو مرضاه وهذا ما تبين من خلال المادة 45 من م.أ.ط.ج التي تنص على ما يلي: "........**تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين**".

وعليه فإنه مما تقدم نرى أن الخطأ الطبي المتمثل في إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي تفرضها علوم الطب وقواعد المهنة وأصول هذا الفن، أوبأن يقوم الطبيب بعلاج يتجاوز العمل المتبع والمألوف الذي يقوم به طبيب أخر من نفس المستوى وفي ذات الظروف، يتماشى ونصوص القانون الجزائري سواء في القواعد العامة أوالقواعد الخاصة وكذلك موقف القضاء[4].

ثانيا: معيار تقدير الخطأ الطبي

الخطأ انحراف في السلوك، فهو تَعَدٍ يقع من الشخص في تصرفه ومجاوزة للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه[5]، ومن ثم فإن الخطأ الذي يقع من الطبيب يضبط تصرفه

---

1 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص33.

2 – تنص المادة 172 ق.م.ج على أن: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أوأن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله له الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك".

3 – صفية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، ورقلة، السنة الجامعية 2006/2005، ص9.

4 – محمد رايس، المرجع سابق، ص152.

5 – أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص882.

معيار يجب إتباعه لمعرفة ما إذا كان هذا التصرف خطأ أم لا.

وعليه فإنه في هذا المجال يتنازع معيارين، فهناك من يأخذ بالمعيار الشخصي، وهناك من يأخذ بالمعيار الموضوعي.

1) الرأي القائل بأن المعيار في تقدير الخطأ الطبي ينبغي أن يكون شخصيا

ينظر في الطبيب الذي صدر عنه الخطأ، والى إمكانياته الذاتية ودرجة حرصه[1]، وذلك بالمقارنة بين ما صدر منه من تصرف مشوب بشبهة الخطأ وبين ما كان يمكن أن يصدرمنه في نفس الظرف، أنه كان بمقدوره تفاديه، وبالتالي تفادي ما أحدثه بالغير من إيذاء[2]

فيأخذ هذا المعيار بعين الاعتبار قدره الطبيب على دفع الضرر، وأن يتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية والثقافية والوسائل الموضوعة تحت تصرفه، إذ لا يمكن أن يلزم بأكثر من طاقته وبشيء لا يمكن أن يتحمله، فالوصول إلى الحقيقة وفقا لهذا المعيار يستلزم مراقبة الطبيب[3].

إلا أن هذا المعيار يؤدي إلى صعوبة تطبيقه، وذلك لأن الوصول إلى الحقيقة يستلزم مراقبة تحركات الطبيب وتبين تصرفاته، وهو شيء يصعب على القضاء الوقوف عليه. وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التقدير الشخصي من شأنه أن يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة، حيث يمكن إسناد الخطأ إلى طبيب، في حين لا يمكن إسناده إلى أخر، بالرغم من أن كلا الطبيبين قد سلكا نفس المسلك[4].

وتجاوزا لهذه الانتقادات الموجهة لهذا المعيار، إعتمد فريق أخر من الفقه إلى إعتماد معيار مبني على معطيات موضوعية.

2) الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب

إن المعيار الموضوعي هو الأساس في تقدير خطأ الطبيب، فيقاس الخطأ على سلوك الشخص المجرد من ظروفه الشخصية، وهذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل

---

[1] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص36.

[2] – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص200.

[3] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص36.

[4] – محمد رايس، المرجع سابق، ص157.

جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة، وهو ما استقر عليه كل من الفقه والقضاء.

وسلوك الرجل المعتاد ليس نوعا واحدا بالنسبة لكل الأشخاص ، بل هناك نموذج لكل فئة ومجموعة منهم[1]، فبالنسبة للخطأ المهني، فإن سلوك المهني مرتكب الفعل الضار يقاس بالسلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة والمستوى[2].

فمعيار الخطأ هنا هو المعيار العام، أي المعيار الموضوعي الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد، أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض، يقيس على سلوك طبيب أخر من نفس المستوى طبيبا عاما أم طبيبا متخصصا، أم أستاذاً في الطب[3].

وهكذا فإن المعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب هو المعيار المجرد، بحيث لا يعتمد فيه الظروف الشخصية أو الداخلية الخاصة بالطبيب كظروف السن والجنس والحالة الصحية أو الاجتماعية، إلا أن هذا المعيار يفترض عدم إسقاط الظروف الخارجية التي تحيط بالخطأ الطبي[4]، بحيث أن القاضي يقدر هذا الأخير على أساس أن السلوك الذي كان ينبغي أن يصدر من الطبيب موضع المسؤولية على ضوء الظروف المحيطة[5].

الفرع الثاني: طبيعة الخطأ الطبي في العمل الجراحي

إن الطبيب أثناء قيامه بعمله الجراحي يمكن أن يقع في خطأ يسبب ضررا للمريض، ينجر عنه مسؤولية مدنية تقع على عاتقه، ولكن تختلف هذه المسؤولية باختلاف الخطأ المرتكب، فقد يكون جسيما (أولا) وقد يكون عاديا أو فنيا (ثانيا)، وقد يقع من الطبيب وحده ويكون فرديا وقد يقع من أعضاء الفريق الطبي فلا يكون الخطأ فرديا بل جماعيا (ثالثا).

---

[1] – علي فيلالي، المرجع سابق ، ص63.

[2] – صفية سنوسي، المرجع سابق، ص18.

[3] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص17.

[4] – يعد ظرفا خارجيا ما لا يتصل بالطبيب المتسبب في الضرر ذاته من صفات، كما هو الشأن بالنسبة للظروف المكانية، فيجب الأخذ بعين الاعتبار مدى ملائمة المكان للتطبيق أما الظروف الزمانية، يتعين الأخذ في الحسبان الزمان الذي وقع فيه الضرر من طرف الطبيب المخطئ كالليل، نقلا عن: محمد رايس، المرجع سابق، ص160.

[5] – صفية سنوسي، المرجع سابق، ص30.

أولا: خطأ الطبيب من حيث جسامته

استقر الفقه والقضاء على مساءلة الطبيب عن خطئه الجسيم دون اليسير لكن تبنى هذه الفكرة سرعان ما اندثرت وفقدت من أهميتها.

فيعتبر الخطأ الجسيم خطأ غير عمدي، حيث يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب مرتكبه، ومع ذلك فإن درجة جسامته، إذ دفع بالبعض إلى تشبيهه بالخطأ العمدي أو التدليسي، وهذا التشبيه لا يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي[1].

فالخطأ الطبي الجسيم يتمثل في عدم قيام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، فهو خطأ لا يمكن تصوره، إلا من مستهتر، وكثيرا ما يقع الأطباء فيها أثناء التدخلات الطبية الجراحية، ويتخذ صور عديدة كتخلي الطبيب بإرادته عن علاج المريض ويتركه يعاني من ألام المرض والقول بأن هذا المرض ليس له آثار سيئة مما أدى في النهاية إلى قطع ذراع المريض، فيُعدُ هذا إهمالا ويمثل خطأً جسيما[2].

إلا أنه استقر القضاء على عدم اشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة الطبيب، بل يكفي توافر الخطأ اليسير من جانبه[3]، ومن التطبيقات القضائية، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، إذ لم تشترط أن يكون الخطأ الذي يرتكبه الطبيب الجرّاح على قدر من الجسامة ليكون مسؤولا، بل اكتفت بإقرار مسؤوليته إذا قصّر في تنفيذ التزامه[4].

كما بدا هذا الاتجاه واضحا كذلك في القضاء المصري حيث قضت محكمة الإستئناف بأن:

"الطبيب الذي يخطىء مسؤول عن نتيجة خطئه، بدون تفريق بين الفنيين و غيرهم، و يسأل الطبيب عن إهماله سواء كان خطأ جسيما أو يسيرا، فلا يتمتع الأطباء بإستثناء خاص"[5].

---

1 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص40.

2 – تتلخص وقائع هذه الدعوى التي أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ 18 جوان 1935، بأن مريضا استدعى احد الأطباء لمعالجته، فاطلع الطبيب على حالته وعاينه وفحصه، إذ كان المريض يعاني من ألام بذراعه لحدوث نزيف به، فرأى الطبيب أنها حالة عادية وأن الألام تستمر طويلا، ثم ازدادت آلام المريض مما إستوجب إستدعاء طبيب أخر وعند فحصه قرر أن حالته خطيرة تستوجب إجراء عملية جراحية، وذلك لإصابته بحالة تدعى بقنقرين Gangréne وعليه يجب قطع الذراع، وقد عرضت هذه القضية على محكمة الدرجة الأولى التي أقرت للمريض بتعويض، وتم تأييد هذا الحكم على مستوى محكمة الاستئناف، نقلا عن: محمد رايس، المرجع سابق، ص180، هامش رقم (2).

3 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص41.

4 – محمد رايس، المرجع سابق، ص181.

5 محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص25 .

كما أقرت المحكمة العليا في الجزائر مسؤولية الطبيب عن الخطأ المرتكب من طرفه، ولم تشترط في أي من القرارات التي اتخذتها أن يكون الخطأ جسيما، إذ قضت في قرارها الصادر بتاريخ 22 جانفي 1977، بمسؤولية مستشفى الاخضرية بناءا على خطأ الطبيب التابع لهذا المستشفى، محللة حكمها أن محكمة تيزي وزو قد أدانت الطبيب (ب) لارتكابه خلال سنتي 1964 و 1965 أفعالا تتصف بقلة الحذر، وعدم الانتباه، والإهمال، وهو ما يمثل خطأ يوجب المسؤولية.

نخلص إلى القول بأن اشتراط الجسامة في الخطأ لكي تنعقد المسؤولية في حق الطبيب لم تَعُدْ شرطا مأخوذاً به، بل إن القضاء هجره واكتفى بوجود الخطأ سواء كان جسيما أو بسيطا (يسيرا)، وهذا دليل على سير اجتهاد القضاء إلى توسيع مظاهر الخطأ[1].

ثانيا: اتصال الخطأ بمهنة الطب

الخطأ نوعان هناك خطأ له علاقة بالأصول الفنية والمهنية ويعد خطأ مهنيا، وهناك خطأ خارج عمل إطار المهنة وأصولها الفنية، ويعد خطأ عاديا أي غير مهني.

1) الخطأ العادي

هو الخطأ الناجم على سلوك إنساني مجرد، يسببه الإخلال بالقواعد العامة للالتزام التي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، فهذا النوع من الخطأ لم ينتج عن ممارسة فنية مهنية، لا يتصل بالأصول العلاجية المعترف بها[2].

وعليه يعامل الطبيب في هذه الحالة معاملة أي شخص عادي، فمعيار الانحراف هو معيار الرجل العادي[3].

2) الخطأ المهني

الخطأ المهني يقع فيه الطبيب لمخالفته القواعد التي توجبها عليه مهنته التي يجب عليه مراعاتها والإلمام بها[4]، وبمعنى أدق، هو خروج الطبيب في سلوكه المهني والفني عن القواعد

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص182.

[2] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص47.

[3] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص48.

[4] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص22.

والأصول العلمية الطبية[1]، المتعارف عليها نظريا وعلميا في الأوساط الطبية وقت تنفيذ العمل الطبي[2].

ولكن في الحقيقة نجد أن الخطأ المهني على درجة من الغموض تجعل من الصعب على القاضي تبيينه دون الاستعانة بأهل الخبرة من مهنة الطب، على عكس الخطأ العادي الذي لا يستوجب تلك الخبرة وذلك لعدم مساسه بالأصول والقواعد الفنية لمهنة الطب[3].

وبعد تحديد معنى كل من الخطأ المهني والخطأ العادي، واتصالهما بمهنة الطب، نأتي لتحدد مسؤولية الطبيب حال ارتكابه لهذه الأخطاء، وعليه عن أي خطأ يسأل الطبيب؟

لم يثر أي خلاف بين الفقهاء حول مساءلة الطبيب عن الأخطاء العادية، سواء ارتكب داخل أو خارج نطاق عمله، فالمعيار هنا هو الرجل العادي[4]. أما فيما يخص الأخطاء المهنية فقد ثار خلاف بشأنها، فبعضهم أبدى عدم مسؤولية الأطباء بحجة أنه يشترط أن يكون الفعل الذي يرتب المسؤولية ممكنا تقديره على وجه التحديد، وقابلا للجزم بثبوت وصف الخطأ فيه من غير شك، وهذا لا يتوفر في الأعمال الطبية[5].

وهذا ما أدى بالقضاء إلى الاستمرار على أن يسأل عن الخطأ العادي في جميع درجاته سواء كان جسيما أو يسيرا، أما بالنسبة للخطأ المهني أو الفني فإن الطبيب لا يسأل إلاَ عن خطئه الجسيم.

وعليه فحصر الأطباء تحت طائلة هذا النوع من الأخطاء الفنية يعني تحديد حرية الطبيب في العمل والبحث، والواجب هو إطلاق حرية الطبيب وذلك لصالح المريض والمجتمع، وإلا ترتب على ذلك عدم تطور الأطباء وتقدمهم وجمود مهنة الطب[6].

---

[1] – تعني الأصول العلمية المبادئ الأساسية في علم الطب والتي يجب على كل طبيب أن يلم بها، أما القواعد المتعارف عليها علميا فهي تلك القواعد التي استمر عليها العلماء وجرى العرف الطبي على إتباعها بين الأطباء، أنظر: بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص16، هامش رقم(2).

[2] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص48.

[3] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص22.

[4] – قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1992/01/19" قضى بتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريضة إثر عملية ولادة بتاريخ 1983/04/07 بالمستشفى، بقيت تعاني من ألام المهبل، ولما قامت بفحوص اكتشفت جسما غريبا فأجريت لها عملية جراحية بتاريخ 1986/03/20 حيث وجدت إبرة بمهبلها منذ عملية الولادة، فرفعت دعوى ضد المستشفى"، أنظر محمد رايس، المرجع سابق، ص172، هامش رقم (2).

[5] – المرجع نفسه، ص171.

[6] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص49.

ولكن إذا كان الأطباء في حاجة إلى ثقة وطمأنينة، فإن المريض في حاجة إلى الحماية والرعاية من الأخطاء الفنية، وبالتالي وجب الرجل الفني أو المهني مسؤولا عن خطئه المهني كمسؤوليته عن خطئه العادي حتى ولو كان يسيرا[1]. وعلى هذا استقر القضاء الجزائري على محاسبة الطبيب عن خطئه بكافة صوره وهجر فكرة عدم مسائلة الطبيب إلا عن الأخطاء الفنية الجسيمة[2].

وعليه يجب مساءلة الطبيب عن جميع أخطائه، وذلك لعمومية النصوص القانونية التي وردت عامة منها في القانون المدني الجزائري، بحيث جاء نص المادة 124 منه عاما لم يُفرق بين مرتكبي الخطأ الفني وغير الفني، فوجب أن يسأل الطبيب عن كل خطا ثابت بحقه على وجه اليقين سواء كان الخطأ ماديا أو مهنيا، وذلك بسبب طبيعة المهنة الطبية وخصوصيتها، المسؤولة عن الصحة وسلامة الحياة الإنسانية[3].

ثالثا: مرتكب الخطأ في التدخل الطبي

قد يقع الخطأ الجراحي من الطبيب الجراح وحده، فيكون الخطأ فرديا، وقد يقع من أعضاء الفريق الطبي وذلك لأن العمل الطبي يتسم بالطابع الجماعي، حيث يشترك أكثر من طبيب في معالجة المريض، وبالتالي يكون الخطأ جماعيا، أي خطأ الفريق الطبي. وسنبين ذلك على النحو التالي

1) الخطأ الفردي (خطأ الجراح)

إن القواعد العامة تقضي بأن يكون الطبيب مسؤولاً عن خطئه الشخصي الذي يرتكبه أثناء قيامه بالعملية الجراحية[4]، فالجراح يعد رئيسا للفريق الذي يعمل تحت إمرته، فهو يدير وينسق كل أنشطة مساعديه، و في اغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه، ونظرا للاتفاق القائم بينهما فإن الجراح يسأل في مواجهة المريض عن الأخطاء التي يرتكبها أفرد مجموعته من ممرضات ومساعدين[5].

---

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص174.

[2] – قرار مجلس قضاء قسنطينة مؤرخ في 1988/12/03" إذ قررت الفرقة الإدارية مسؤولية المستشفى بسبب سوء وضع الجبس على رجل المريض مما أدى إلى بتره بعدما تعفنت"، أنظر محمد رايس، المرجع سابق، ص174، هامش رقم (5).

[3] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص50.

[4] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص130.

[5] – محمد حسين منصور، المرجع سابق ، ص93.

فالقول أنه هو الذي ينال الشهرة والمجد في حالة نجاح العمل الطبي، وفي مقابل هذا الشرف الكبير يكون من المنطقي أن يتحمل وحده عبء الفشل، وعليه فتركيز المسؤولية على عاتقه، يختلف تبريره القانوني بحسب ما إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية، أم مسؤولية تقصيرية[1].

وعليه، ونظرا لطبيعة العلاقة التي تربط بين المريض والطبيب الجراح، وهي ذات طبيعة عقدية، فإنه متى وجد عقد بين الطرفين وكان الضرر الذي لحق المريض نتيجة إخلال الطبيب بالتزام ناشئ عن العقد، وجب الأخذ بأحكام المسؤواية العقدية دون سواها، باعتبار أن هذه الأحكام واجبة التطبيق[2]. فبرغم من طلب الجراح المساعدة من الغير، فإن هذا الأخير لديه الرؤية الكاملة عن العملية التي يقوم بها مع مساعديه، وهو وحده الذي يستطيع اتخاذ القرارات الملزمة لهم[3].

وعليه فالقاعدة العامة هي قيام المسؤولية العقدية للأطباء عن أفعالهم الشخصية، ولا تثور مسؤوليتهم التقصيرية إلا إذا لم يكن هناك عقد[4]، أي لا يكون التدخل الجراحي قد تم بناء على اتفاق بين المريض والجراح، كما أن الطبيب مسؤول عن الأطباء والمساعدين الذين استعان بهم في القيام بالعمل الجراحي[5]، وعليه يسأل الجراح عن الأخطاء حتى ولو ارتبط بخطأ لم يقع منه وإنما وقع ممن استعان بهم لمساعدته في العمل الجراحي، فالطبيب يسأل في نطاق العقد عن فعل الطبيب الذي أدخله لتنفيذ التزامه العقدي اتجاه المريض، كلإستعانة بطبيب التخدير، فتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حتى ولو لم يكن له سلطة عليه وذلك انطلاقا من كونه هو الذي اختاره لتنفيذ جزء من العقد الذي التزم به[6].

وكذلك يسأل الطبيب عن أعمال مساعديه الذي استعان بهم لإتمام العملية، فالممرضة تابعة للطبيب الذي تعمل في خدمته، فالطبيب مسؤول عن إهمال الممرضة الذي عهد إليها بمتابعة حالة المريضة التي تكون تحت إشراف ومراقبة الطبيب[7].

---

1 – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص248.

2 – تنص المادة 106 من ق.م.ج على أن:" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أوللأسباب التي يقررها القانون".

3 – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص250.

4 – محمد رايس، المرجع سابق، ص199.

5 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص160.

6 – المرجع نفسه، ص161.

7 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص95.

2) خطأ الفريق الطبي

نظرا لدقة التخصصات الطبية أصبح العمل الطبي يتسم بالطابع الجماعي، حيث يشترك أكثر من طبيب في معالجة المريض، يدلي كل منهم بتخصصه على الحالة المعروضة[1]، فإستعانة الطبيب الرئيسي بمجموعة من الأطباء المساعدين له، كل في مجال تخصصه، هو الذي يصعب من تحديد دائرة الخطأ نتيجة هذا العمل الجماعي مما يؤدي إلى صعوبة نسبة الخطأ إلى فرد من أفراد الفريق الطبي، وبالتالي التمسك بمسؤولية الطبيب الرئيسي أو الذي يكون له الإشراف والقيادة للفريق.

وعندما يتعذر ذلك نلجأ للمسؤولية القانونية التضامنية، لحل الإشكاليات التي يطرحها الفريق الطبي، شريطة وأن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ وأن يكون هذا الخطأ الذي ارتكبه كل واحد من الفريق سببا في إحداث الضرر، وأن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد، وإذا كان أحدهم أحدث الضرر كله والأخر لم يحدث إلاَ بعضه فيكونان مسؤولان بالتضامن في البعض الذي أشركا فيه[2]، وهذا لما للفريق الطبي من صبغة قانونية[3]، وذلك بتقرير محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الجماعية لكل من الجراح، وطبيب التخدير، بأن ألزمتهما بدفع تعويض للمضرور وأسست ذلك على أن :"فكرة الفريق الجراحي هي ذاتها التي تعطي الحل القانوني الأكثر تطابقا"[4].

ويظهر موقف المشرع الجزائري بشأن الفريق الطبي في المادة 73 من م.أ.ط.ج التي تنص عما يلي:

"**عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية.**

أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهما وتحت مسؤولياتهما".

---

[1] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص90.

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص192–193.

[3] – الصبغة القانونية هي إضفاء الشخصية على الفريق الطبي باعتباره شركة نابعة من الواقع لا يمنع من مسؤولية الأعضاء في ذممهم المالية الخاصة، عما يحكم به من تعويض للمضرور، بسبب خطأ الفريق، فالشركة تسأل بالتضامن مع أعضائها عن نتائج التصرفات الضارة لهؤلاء، فاللجوء إلى هذه الصيغة يوفر ضمانة قوية لتعويض المضرور، نقلا عن: منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص370.

[4] – منير رياض حنا، المرجع سابق، ص369.

نفهم من نص المادة أنه عند وقوع احد من الزملاء المساعدين للجراح في خطأ يتحمل مسؤوليته الشخصية، أما في حال ما إذا صعب علينا معرفة من وقعت منه هذه الأخطاء.

فبرجوع إلى القواعد العامة و تطبيق أحكام المسؤولية المدنية نجد المادة 126 من ق.م.ج، تنص على أن: "**إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض**".

الفرع الثالث: نطاق الخطأ الطبي في العمل الجراحي

إن الطبيب الجراح قد يقع في أخطاء طبية في عمله الجراحي وهذا ما يستوجب ترتيب المسؤولية عليه، إلا أن هذه الأخيرة تختلف بحسب ما إذا كان الطبيب في مستشفى عام أو مستشفى خاص

وعليه في هذا الإطار سنبين خطأ الطبيب الجراح أثناء التدخل الجراحي في المستشفى العام (أولا)، ثم بعد ذلك سنتطرق إلى مسؤوليته في المستشفى الخاص (ثانيا).

أولا: خطأ الطبيب الجراح في المستشفى العام

باعتبار أن المستشفى مؤسسة عمومية ذات طابع إداري فهي تخضع للقانون الإداري فإن الخطأ الذي يصدر عن الطبيب العامل بها يكون من اختصاص الجهات القضائية الإدارية[1].

فوفقا للمادة 10 من ق.ص.ت.ج: "**تخضع جميع الهياكل الصحية أو ذات الطابع الصحي للوصاية التقنية للوزير المكلف بالصحة أو لرقابته، طبقا للتنظيم الجاري به العمل**".

وعليه نلاحظ أن وضع الهياكل الصحية ضمن تنظيمها الجاري العمل به يعني خضوع المستشفيات العامة للتنظيم الإداري نظرا لما تتسم به هذه الهيئات من طابع إداري، إلى جانب أن هذه المرافق جعلها في متناول جميع السكان، وذلك حفاظا على سلامتهم الصحية وكرامتهم، بتوفير جميع المستلزمات المؤدية لشفائهم. وفي هذا الإطار يؤدي دخول المريض إلى إحدى المستشفيات العامة إلى إنشاء مجموعة من العلاقات، سواء بين الطبيب والمستشفى، بين المريض والمستشفى العام، أوبين المريض والطبيب.

---

1 – صفية سنوسي، المرجع سابق، ص89.

1)علاقة الطبيب بالمستشفى

إن علاقة الطبيب بالمستشفى هي علاقة قانونية تنظيمية ينظمها القانون، فالطبيب موظف في هذه المستشفى، وأما المرضى فيستفيدون منه كمرفق العام، وتنظم علاقاتهم الأنظمة والتعليمات، فتكون حقوقهم في العلاج والتزاماتهم محددة بموجب قاعدة قانونية[1].

فيعتبر الطبيب تابعا للمستشفى الذي يعمل به، وأن علاقة التبعية القائمة بينهم تكفي لان يتحمل المستشفى خطأ الطبيب، ومناط ذلك أن يكون المتبوع طريقة عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته، ولا يلزم لقيام هذه العلاقة أن تجمع للمتبوع (المستشفى) سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع (الطبيب).

وفي هذا الصدد رتب القضاء الجزائري، مسؤولية الإدارة في عدة قرارات من ضمنها القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا بتاريخ 7أفريل 1982، حيث قررت: "المسؤولية الإدارية هي مسؤولية خاصة تخضع لقواعد ذاتية لها...."[2].

إذ تناول المشرع الجزائري مثل هذا النوع من المسؤولية من خلال نصوص القانون المدني في المادة 136 على أن: "**يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.**

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

ونصت المادة 6 فقرة (1) من م.أ.ط على أنه: "**يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية**".

ويتبين من خلال المواد السالفة الذكر تحقق مسؤولية المستشفى بتوافر شرطين وهما:

- قيام علاقة تبعية بين التابع والمتبوع.
- أن يرتكب التابع فعلا ضارا حالة تأدية وظيفته أو بسببها[3].

---

[1] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص177.

[2] – قرار الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 17 افريل 1982، ملف رقم 19193 بين وزير الصحة العمومية ومدير القطاع الصحي لمدينة القل ضد السيد (ع.م)، نقلا عن: فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ مناقشة 2011/07/4، ص67

[3] – فريدة عميري، المرجع سابق، ص67.

فعلاقة العمل التي تربط الطبيب بإدارة المستشفى تفرض عليه أداء مهمته وفق الأوامر المعهودة له، ذلك أن تدخلاته الطبية تدخل ضمن تنفيذه لأوامر الإدارية المحددة وفقا للنظام الإداري أو اللائحي للمستشفى من جهة، ومن جهة أخرى أن المريض المعالج ليس له الحق في إبرام عقد ثاني مع الطبيب الذي عالجه، وذلك لأنه ليس على علم بالطبيب الذي سيعالجه، فضلاً على أنه تعاقد مع إدارة المستشفى التي تتحمل التزاماتها كاملة تجاه المريض[1]، فيتحمل بذلك المستشفى المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها تابعه.

2)علاقة المريض بالمستشفى العام

عندما يتعامل المريض مع مستشفى عام، فإنه يتعامل مع شخص معنوي، وهذا ما يقتضي عدم تمكن المريض من اختيار طبيبه المعالج بحرية، بل إن هذا الأمر وغيره من الأمور تنظمها لوائح هذا المرفق الصحي[2]، فتعتبر العلاقة علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة للمريض باعتباره مواطنا وله الحق بالانتفاع بخدمات المرافق العامة مقابل أجر يتلقاه الطبيب جراء هذه الخدمة من قبل الدولة، وليس من طرف المريض، إذن فالعلاقة التي تربط بينهما لا تقوم على أساس تعاقدي إنما على أساس تنظيمي[3].

فإذا أحدث ضرر للمريض وجب البحث عن المتسبب في ذلك الضرر، إذ أن هذا الأخير لا يستطيع الرجوع على وزارة الصحة باعتبار المستشفى تابعا لها والطبيب، فهما يلتزمان بالتضامن، طبقا لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه بالتعويض المقضي به للمريض المضرور سواء مجتمعين أو منفردين[4]. وإذا اختار المريض الرجوع على المستشفى على أساس المسؤولية الإدارية، فعليه رفع دعوى إدارية أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا[5].

طبقا للمادة 800 من ق.إ.م.إ.ج[6]، التي تنص على أن: "**المحاكم الإدارية هي جهات للولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل الاستئناف في جميع**

---

[1] – مراد بن صغير، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية: دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات العلمية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 1 نوفمبر 2007، ص27.

[2] – صفية سنوسي ، المرجع سابق، ص90.

[3] – فريدة عميري، المرجع سابق، ص18.

[4] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص ص116–117.

[5] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص49.

[6] – قانون 08–09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادر في 23 أفريل 2008.

القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها".

3)علاقة المريض بالطبيب

إن العلاقة بين الطبيب والمريض في المستشفى العام هي ليست علاقة عقدية، بل هي من طبيعة إدارية ، ومن ثم لا يمكن إقامة مسؤولية المستشفى على أساس المسؤولية العقدية، وإنما تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية عند تحديد مسؤولية المستشفى العام عن الضرر الذي يصيب المريض[1].

فيتحمل المستشفى الذي يعالج فيه مريض يصاب بمضاعفات صحية ناتجة عن تقصير المستشفى أو إهماله[2]. فكل خطأ يقع في تنظيم وحسن سير العمل بها وتقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة[3]، يثير المسؤولية التقصيرية للمستشفى لانعدام العلاقة العقدية بين المريض والطبيب، وذلك لعدم إهدار حق المريض المضرور في التعويض.

ثانيا: خطأ الطبيب الجراح في المستشفى الخاص

إلى جانب المستشفيات العامة التي تم التطرق إليها، يمكن للمريض اللجوء إلى عيادات خاصة لما تقدمه من خدمات الرعاية والعلاج، وبذلك ينشأ عقد بين العيادة أي المستشفى الخاص والمريض، وكذا عقد بين هذا الأخير والطبيب لتقديم العلاج المناسب والضروري الذي تستوجبه حالته المرضية.

ففي هذا الإطار نظم المشرع الجزائري مثل هذه الممارسة في المستشفيات الخاصة وذلك في قانون الصحة وترقيتها طبقا للمواد 208 إلى 213 الباب السادس تحت عنوان "مستخدمو الصحة"، في الفصل الثاني تحت عنوان "شروط ممارسة مهن الصحة ونظامها"، "القسم الرابع" منه تحت عنوان "ممارسة الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة وعملهم في نطاق القطاع الخاص".

كما جاء في مدونة أخلاقيات مهنة الطب تحت عنوان "قواعد خاصة ببعض طرق الممارسة من المادة 77 إلى المادة 89.

---

1 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص ص113–114.

2 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص177.

3 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص50.

وسنتطرق إلى الممارسة الطبية في المستشفيات الخاصة من خلال تحديد طبيعة العلاقة التعاقدية التي تربط المريض بالعيادة، وكذا بين المريض بالطبيب.

1)علاقة المريض بالمستشفى الخاص

إذا تعاقد المريض مع العيادة على معالجته، ففي هذه الحالة، فإنه لا يعرف الطبيب، وعليه فعلى العيادة أن تؤمن طبيبا جيدا يقوم على علاجه، وهنا يكون المستشفى مسؤولاً عما يرتكبه الطبيب من أخطاء تلحق ضررا بالمريض، وذلك لان عقد التدخل الجراحي قد ابرم مع العيادة وليس مع الطبيب(1).

وقد نصت المادة 87 فقرة (1) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه: " **يجب أن تكون الممارسة المعتادة للطب أو جراحة الأسنان مهما كان شكلها في مؤسسة أو مجموعة أو عيادة أو أي مؤسسة أخرى، خاضعة في كل الحالات لعقد كتابي**"

ويلتزم المستشفى بتقديم الخدمات التي يحتاجها المريض أثناء إقامته فيه، وبصفة خاصة تنفيذ تعليمات الطبيب فيما يتعلق بتلك الخدمات كنظام الطعام والنظافة وتقديم العلاج بصفة منتظمة من أدوية وحقن وتحاليل، والقيام بتدفئة المريض إذا كانت تستدعي حالته ذلك كما تستوجب العيادة أن يقوم بتزويدها بالتجهيزات الأولية لاستقبال المرضى وعلاجهم، كتوفير أدوات الجراحة، أجهزة التحاليل الأولية وغيرها. ولا يكفي توافر الأجهزة بل لا بد من سلامة صحة المريض وحمايته من الأخطار التي يمكن أن تهدده(2).

وإذا الطبيب الأخصائي يمارس في العيادة الخاصة بمساعدة طبيب أو عدة أطباء يأتي بهم شخصيا كطبيب التخدير، وكذا المساعدين أي الممرضات الذين يساعدوه في عمله الجراحي فإنه في هذه الحالة يكون وحده مسؤولاً عن نشاطهم وذلك لاختيارهم بمفرده(3).

أما إذا كانت العيادة، قد وصفت تحت خدمة المريض عاملين ذو صبغة طبية كافية من حيث العدد والكفاءات اللازمة، ففي هذه الحالة فإن العيادة تسال بصفة تعاقدية عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء المستخدمين في المجال الطبي.

---

1 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص176.

2 – محمد حسين منصور، المرجع سابق ، ص ص127–128.

3 – صفية سنوسي، المرجع سابق، ص116.

وعلى هذا النحو فإن محكمة النقض الفرنسية تقيم المسؤولية العقدية للعيادة بالنسبة للأطباء المستخدمين بحيث قضت على أنه: "بموجب عقد الاستشفاء والخدمات المتصلة والمتعلقة بالمريض، فإن مؤسسة صحية خاصة تكون مسؤولة عن الأخطاء المرتكبة من طرف مستخدميه أونائبيه الذين أحدثوا ضررا بهذا المريض فإن هذه المؤسسة يمكن اعتبارها مسؤولة عن الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب بمناسبة أعمال طبية بالنسبة للفحص أو العلاج الذي تم على المريض وذلك بشرط أن يكون الطبيب مستخدما ما لديه"[1].

وعليه فإن العلاقة التي تربط المريض بالعيادة الخاصة هي علاقة عقدية، وان التزام الأصلي لها هي بذل العناية اللازمة لضمان سلامة المريض مدة إقامته بها فأي خطأ طبي سواء من الأطباء أو العاملين تسأل عنه العيادة تعاقديا ، ذلك أن المشرع قد اشترط أن يكون العقد كتابيا شرط أن يكونوا أجراء لديها، بالرغم من أن هذا لا يمنع المريض المتضرر بمسائلتهم بصفة شخصية وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية[2].

2)علاقة المريض بالطبيب في المستشفى الخاص

في هذه الحالة يقوم الطبيب باختيار المستشفى بعد تعاقده مع المريض لعلاجه، إذ يحدد المكان الذي يجري فيه التدخل الجراحي، ففي مثل هذه الحالة يكون دور المستشفى محدوداً لا يتعدى تقديم الخدمات ووضع الأدوات الجراحية والمساعدين تحت يد الطبيب الجراح وهنا لا يكون هذا الأخير تابعا للمستشفى، في حين المساعدون اللذين وضعوا تحت يديه تابعين له أي الطبيب، تبعية محددة بفترة العلاج داخل المستشفى، وبالتالي يكون الطبيب هو المسؤول عن أي خطأ وذلك راجع للعقد الذي ابرم بينه وبين المريض[3].

وبناءا على ذلك، فمسؤولية الطبيب تختلف حسبما إذا كان يعمل في مستشفى عام أو مستشفى خاص، وفي كلتا الحالتين يتمتع الطبيب، بالاستقلال في ممارسة عمله الفني بالطريقة التي يراها نافعة للمريض، وليس لإدارة المستشفى أن تتدخل فيما يكون في عمله الفني لأنها قد

1 – صفية سنوسي، المرجع سابق، ص117.

2 – فريد صحراوي، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2004–2005، ص32.

3– إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص174.

لا تكون لديها الدراية الكافية به ، إلا أن هذا لا يمنع من أن نقر إمكانيتها في توجيه في كل ما يخرج عن عمله الفني[1].

نستخلص في الأخير أنه العمليات الجراحية تعتبر إحدى الوسائل العلاجية، فالجراح لا يجريها إلا بعد الجزم بأنها الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض، وإجازة هذه الأعمال تستند إلى حق تُقِره القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب وذلك بتوافر شروط تطبع المشروعية على العمل الطبي الجراحي، إلا أنه قد يقع الجراح في أخطاءٍ طبية وذلك بسبب إخلاله بالإلتزامات والواجبات التي تمليها عليه قواعد مهنة الطب والإحجام على تطبيقها مما يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية الطبية للجراح.

وعليه يعتبر الطبيب في العلاقة التي تربطه بالمريض مدينا لهذا الأخير في نطاق تدخله لمباشرة العمل الطبي الجراحي، وبالتالي تقع عليه إلتزامات نحو مريضه، سواء ببذل الرعاية والعناية اللازمة لشفاء المريض، أوإلتزامه بتحقيق نتيجة.

---

[1]– إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص175.

المبحث الثاني: مضمون التزام الجراح كمعيار لتحديد الخطأ الطبي

للصبغة الفنية تأثير مهم في معرفة الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب الجراح، سواء كانت العلاقة التي تحكم كل من المريض والجراح علاقة محكومة بالعقد أم خاضعة للتنظيم المعمول به، وعلى ذلك فإنه على الطبيب أن يبذل ما في وسعه في معالجة المريض، وأن عقد العلاج ليس عقد للشفاء وإنما هو عقد ببذل أقصى درجة ممكنة في الرعاية والعناية وبمعنى أخر يكون التزام الطبيب في الأصل التزاماً ببذل عناية (المطلب الأول) ولكن هذا لا يمنع في بعض التدخلات الطبية من أن يكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة استثناءًا من الأصل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزام الجراح ببذل العناية

إن المبدأ في التزام الطبيب الجراح أنه التزام ببذل العناية اللازمة أي أنه لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل عناية في سبيل شفائه[1]، لأن هذا الشفاء يتوقف على عوامل كثيرة، ولا تخضع دائما لسلطان الطبيب، كالوراثة واستعداد المريض من الناحية الجسمانية وحالة العلوم والفنون الطبية التي تقتصر على علاج المريض[2].

فما يتعرض له الإنسان من ظروف وما يعاني من مشاكل وصراعات تجعل من غير المعقول التزام الطبيب الجراح بشفاء المريض،فهو في مثل هذه الأحوال وغيرها لا يستطيع التنبؤ أو الجزم بالنتيجة التي ستفضي إليها جهده لذا كان على الطبيب الجراح أن يبذل العناية المطلوبة حسب طبيعة المرض، وأن يصف المريض، علاجا يتفق ومعطيات العلم والفن وأصول المهنة الطبية[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب: "**يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة بمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين**".

ولذا نصت المادة 47 من نفس القانون على أنه: " ....،**كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ العلاج**".

---

[1] – مراد بن صغير ، المرجع سابق، ص28.

[2] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص105.

[3] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص50.

وبذلك يجب على الطبيب الجراح أن يبذل العناية اللازمة لعلاج وشفاء مرضاه وذلك وفقا لمعطيات الفنية والطبية إلا أن العناية الواجبة على الطبيب تختلف بحسب الظروف التي يعمل فيها ما إذا كانت هذه الظروف عادية (الفرع الأول) أو استثنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العناية الواجبة على الجراح في الظروف العادية

يلتزم الطبيب الجراح نحو المريض بتقديم جهودا صادقة ومتفقة في غير الظروف الاستثنائية أي في ظل الظروف العادية[1].

وعلى هذا فالجراح يتعين عليه أن يقدم العناية التي تتفق ومقتضات الضمير الإنساني والمهني من جهة (أولاً) وأن تكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة من جهة أخرى (ثانياً) وهذا ما سنتعرض إليه فيما يلي

أولا: التزام الجراح بتقديم عناية يتفق والضمير الإنساني والمهني

يترتب على الجراح عدة التزامات تقدم وفق للقواعد المهنية وما يمليه ضميره الإنساني في تعامله مع مرضاه قبل إجراء العملية الجراحية، أي قبل تقديم علاجه إلى غاية ما بعد العمل الجراحي.

فيجب على الجراح أن يبذل العناية اللازمة في مرحلة التشخيص لأنها تعتبر مرحلة حساسة ومهمة في العمل الجراحي، وذلك بفحص المريض فحصا دقيقا، مستعملاً في ذلك كل الوسائل المتاحة التي وضعها وتوصل إليها العلم الطبي[2] وأن يكون هذا الفحص قبل إجراء العملية مباشرة، وإلا كان مسؤولاً عن إهماله في ذلك، إذا ترتب على عدم مراعاته إصابة المريض بضرر[3].

وأيضا تقتضي العناية الواجبة على الجراح قيامه بالجراحة في مكان من الأماكن المجهزة بالتجهيزات الطبية الضرورية، والتي بدورها تساعده على نجاح عمله الجراحي، وتفادي حدوث مضاعفات للمريض.

---

1 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء الجراحين، المرجع سابق، ص129.

2 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص156.

3 – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص105.

ثانيا: التزام الجراح بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة

يدخل في التزام الجراح أن تكون الجهود المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، إذ لا يعقل استعماله لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فهو وإن كان لا يلتزم بإتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه الالتجاء إلى تلك التي استمر عليها الطب الحديث وله الاجتهاد في اختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض والإمكانيات المتاحة[1].

ولا شك في أن الأصول العلمية الثابتة تتطلب من الطبيب في سبيل أدائه عمله ببذل الجهد الفكري من جهة وهو ما يمكن تسميته "بالمرحلة الذهنية"، ومن جهة أخرى تنفيذ العلاج المناسب وفقا للأصول العلمية الطبية وهو ما يندرج تحت تسمية المرحلة التنفيذية.

1)المرحلة الذهنية

تتطلب هذه المرحلة قيام الطبيب بأعمال ذهنية تعينه على تقديم العناية المرجوة منه في ضوء الالتزام بقواعد العلمية المستقرة، مستهدفا من ذلك تقديم عناية للمريض متبعًا في ذلك التطورات الحديثة على صعيد الفنون المختلفة في الفحص والتشخيص والعلاج[2] ومع ذلك يجب أن لا نغفل ما للطبيب من حرية كافية في إتباع طريقة علاجية معينة لم يتبعها طبيب أخر، ما دام العلم يعترف ويقرّ بها، بل إن المصلحة تقضي أن تدع للطبيب قدراً من الحرية في ممارسة مهنته، فالمرضى ليسوا كالأشياء المثلية بحيث يكون أحدها كالأخر، وأن الأطباء ليسوا كالآلات، فإذا مرض أحدهم ضغطنا على زر في هذا الجهاز فظهر لنا العلاج المطلوب على شاشته، ولكن الأمر مختلف يخضع لإرادة الطبيب وتقديره[3]

وفي هذا الإطار يدخل ضمن هذا الالتزام مراعاة الحالة الصحية والنفسية واختيار الوقت المناسب للعلاج، وذلك حتى لا يلحق المريض ضرر جراء علاج يتم في غير مراعاة لحالته الصحية والنفسية.

ومن القضايا التي عرضت في هذا الشأن، قضية طبيب عالج سيدة من مرض في حلقها بعملية جراحية، وفي أثناء العملية قام بقطع الشريان فأصيبت السيدة بنزيف انتهى بوفاتها، وقد أخذت المحكمة على الطبيب أنه لجأ إلى عملية جراحية خطيرة لا لزوم لها في منطقة تؤدي

---

[1] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص207.

[2] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص 120.

[3] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص53.

أقل حركة خاطئة فيها إلى موت المصابة وأنها كانت مصابة بتهيج عصبي شديد، مما كان يقضي تأجيل لعملية، وقد جازف بإجرائها رغم كل ذلك[1].

2)المرحلة التنفيذية

تعتبر هذه المرحلة أشد خطرا على المريض من المرحلة الذهنية، وذلك لما تنطوي عليه من فحوص تتجلى فيها العناية التي يلتزم بها الجراح نحو المريض في الظروف العادية وذلك بفحص المريض وتشخيص مرضه لتحديد العلاج الضروري والمناسب ولعل من أشهر هذه الفحوص قياس ضغط المريض، ومعرفة مستوى السكر في الدم، واختبارات الحساسية، واختبارات وظائف الكلى والكبد.

كما أنه على الجراح بصفة خاصة قبل تخذير المريض أن يعني بفحص قلبه، حتى يتعرف على حالته، ومدى احتماله لنوع وكمية المخدر المقررة، إذا كان هو القائم بعملية التخدير وكذلك العناية التي تفرضها عليه الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب، بفحص وتشغيل الأجهزة والمعدات الطبية المستخدمة في علاج المريض قبل إجراء العملية[2].

وعليه فإن الطبيب الجراح لا يعرض حياة المريض للخطر وذلك باختياره الوسائل والأساليب العلاجية ما يتفق ومصلحة المريض في الشفاء، مع التزامه بعدم مخالفة الأصول الفنية المستقرة، والأوضاع العلمية الثابتة إلا في الأحوال الاستثنائية أي في الظروف العادية[3]. فلا يتسامح مع من يجهلها أو يتخطاها، وليس معنى هذا أن على الطبيب أن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء، فمن حقه أن يترك على قدر من الاستقلال في التقدير فلا يكون مسؤولا إلا إذا أثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلا بأصول العلم أو الفن الطبي. وعلى ذلك يكون الطبيب مسؤولا إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة، أو مثلا أغفل عن ربط الحبل السري وترك الطفل بغير عناية، أوترك سهواً أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض[4].

---

1 – منير رياض حنا ، مسؤولية الأطباء و الجراحين، المرجع سابق، ص ص 153–154.

2 – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص ص 127–130.

3 – أحمد محمد البدوي، المرجع سابق، ص184.

4 – وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص55.

فالطبيب يكون مخلا بالتزامه إذا لم يبذل العناية الازمة أو إذا كانت العناية التي يبذلها مخالفة نتيجة جهله للحقائق العلمية المستقرة أو المكتسبة[1].

الفرع الثاني: العناية الواجبة على الجراح في الظروف الاستثنائية

يقصد بالظروف الاستثنائية الظروف الخارجية أو الداخلية التي تحيط بالطبيب أثناء عمله، وقد ترجع الظروف الخارجية إلى الزمان والمكان الذي يجري فيه الطبيب عمله، كالطبيب الذي يستدعى فجأة في طائرة لإنقاذ حياة مريض يكاد يوشك على الموت، أو لإنقاذ امرأة في حالة وضع دون أن يعلم مسبقا بذلك، أما الظروف الداخلية، فهي تلك التي تتعلق بالشخص المعالج، فإن فوجئ الطبيب بحالة مستعصية عليه، ولم يكن يوجد أخصائي، وكانت حياة المريض في خطر، جاز له أن يخرج عن الأصول الطبية لإنقاذ حياته[2].

وعليه فيؤخذ في الحسبان التزام الجراح في الظروف الداخلية والخارجية التي تعالج ويوجد فيها المريض، فهي تؤثر على العناية الواجبة على الجراح، لذلك فسوف نقوم بدراسة العناية الواجبة في أحوال الاستعجال(أولا) وفي الظروف الشاذة (ثانيا) وكذا الحالات الدقيقة والمحيرة (ثالثا).

أولا: العناية الواجبة في أحوال الاستعجال

وهي الأحوال التي تنطوي على درجة معينة من الخطورة، ومن ثم تحتاج إلى اتخاذ إجراءات طبية سريعة وعاجلة[3]، وغالبا ما يكون لعنصر الوقت الأهمية القصوى في مثل هذه الأحوال

فيمكن للطبيب أن يواجه ظرف من ظروف الاستعجال، وهذه الأخيرة قد تؤدي بالطبيب إلى أن يتغاضى عن القيام بأعمال وإجراءات تتطلب عناية منه، كأن يتغاضى الجراح عن مراعاة بعض القواعد الأولية التي يقضي بها العلم والفن الطبي، وعلى ذلك فإن نقص العناية في حد ذاتها، قد يكون مبررا إذا أحاط بالواقعة ظرف من هذه الظروف[4].

---

[1] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص55.

[2] – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص184.

[3] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء الجراحين، المرجع سابق، ص164.

[4] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص136

ثانيا: العناية الواجبة في الظروف الإستثنائية

الظروف الشاذة هي الظروف التي تؤدي إلى عدم تقديم الجراح لمريضه العناية المرجوة،أي عناية طبية دقيقة وكاملة، وتكون هذه الظروف عينية أو شخصية[1].

1)الظروف العينية

والمتمثلة في المكان الذي يجرى فيه العمل الجراحي وما يتطلبه من الأجهزة والأدوات الطبية، وما إذا كان المكان في جهات نائية وبعيدة، وحالة إسعافات سريعة وإمكانيات خاصة قد لا تكون متوفرة، وعدم وجود معونة طبية أو زمان يصعب فيه العمل[2].

فالطبيب الذي يستدعى في حالات لا يمكن أن تتوفر فيها العناية الطبية الدقيقة التي يستلزمها العمل الجراحي، كالحالة التي يكون فيها الطبيب الجراح داخل أحد القطارات، أو حالة يفاجأ على غير سابق علم منه بحالة تتطلب تدخلا عاجلا تقتضيه ضرورة إنقاذ مصاب من خطر داهم، ففي هذه الحالات والظروف الشاذة يمكن للطبيب الخروج عن الأصول العلمية الثابتة، بقدر ما تفرضه عليه الظروف [3].

فمن هذا الباب لا يصح محاسبة طبيب أجرى عملية في مكان لا تتوفر فيه الأجهزة الطبية اللازمة مقارنة بطبيب أخر توفرت لديه هذه الأجهزة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى عدم تناسب الزمان وماله من دور في تقدير العناية الكافية التي يبذلها.

2)الظروف الشخصية

والمقصود بها هي الظروف المتعلقة بشخص المريض ذاته ككبر سنه أو ظروف إصابته، أو الطبيب ذاته.

وتعد هذه الظروف من الظروف الشاذة التي تؤخذ في الاعتبار، عند تحديد العناية الواجبة على الطبيب متى كان من شأن تدخله في مثل هذه الظروف حدوث أضرار للمريض[4]، فالطبيب عند اضطراره للقيام بعملية جراحية، فإنه في هذه الحالة لا يمكن محاسبته وذلك

---

[1] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص142.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص 19.

[3] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص171.

[4] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص52.

للظروف التي عارضته في التزامه ببذل عناية لشفاء مريضه، فعليه أن يتصدى لعلاج الحالة حتى ولو لم يكن محيطا بأصول هذا العلاج وأساليبه المجمع عليها[1].

ثالثا: العناية الواجبة على الجراح في الحالات الدقيقة والمحيرة

تتمثل هذه العناية في الحالات التي تستعصي على كبار الأطباء، مما يستلزم اللجوء إلى وسائل طبية غير معتادة في الفحص والتشخيص والعلاج، وإجراء تجارب طبية تسهل على الجراح مواجهة الحالة المعروضة عليه.

ويكون على الجراح في مثل هذه الحالات الدقيقة والمحيرة الاستعانة برأي الأخصائيين، وذلك بدعوة زملائه لمعاونته في الأمور المتعلقة بحالة المريض. كلما اقتضت حالته ذلك[2]. وهذا ما نصت عليه المادة 69 من م.أ.ط.ج: "**يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل أخر بمجرد ما تقتضي الحاجة إلى ذلك....**". وكذا ما نصت المادة 45 من نفس القانون

وعلى هذا فقد أعفى القضاء الطبيب الجراح من المسؤولية في حالة إجرائه عملية ولادة بنفسه ودون الاستعانة بالزميل المتخصص، وذلك في ظروف صعبة وبإمكانيات قليلة ترتب عليها بعض الأضرار للأم، إذ لم يكن الطبيب سوى ذلك، لأن حياة الأم كانت متوقفة على مثل هذا التدخل[3].

إلا أن التطور العلمي والتقني في المجال الطبي والعلاقة العقدية بين المريض والطبيب، أدت إلى تشديد في بعض التدخلات الطبية ، حيث ارتقى التزام الطبيب من إلتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة و التزام بالسلامة في الكثير من الأحيان.

وهذا ما يتضح في العديد من التدخلات الطبية التي يتعاقد بشأنها المريض مع الطبيب، تفرض على هذا الأخير التزاما بتحقيق نتيجة، وهذا ما سيتبين لنا من خلال المطلب التالي.

---

[1] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص19.

[2] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص147.

[3] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص92.

المطلب الثاني: التزام الجراح بتحقيق نتيجة

إن الالتزام بنتيجة أو الالتزام بتحقيق غاية هو الالتزام يتعهد بموجبه المدين (الطبيب) مسؤولا أمام الدائن (المريض) بتحقيق نتيجة معينة، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة تقوم مسؤولية الطبيب لمجرد أن الغاية المنتظرة، والتي هي محل التزامه لم تتحقق[1]، وهذا ما نصت عليه في المادة 176 من ق.م.ج: "**إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأة عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه**".

وربما وضحنا سابقا أن الأصل في عمل الطبيب أنه التزام ببذل عناية، إلا أنه وبسبب فكرة الاحتمالية التي تسيطر على نتائج مهمة الطبيب، فإن ذلك لا يمنع من وجود حالات استثنائية[2]، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 172 ق.م.ج الذي يبرز الإلتزام ببذل العناية كأصل والالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء، وذلك من خلال عبارة: "..**ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك**"

وعليه فهناك بعض الالتزامات تدخل ضمن الالتزام بتحقيق نتيجة كالالتزام بالاستعانة بطبيب التخدير، وكذا الالتزام بالسلامة[3].

و بناءا على ذلك فإنه لدراسة هذا الإلتزام يجب تحديد مضمونه (الفرع الأول) إلى جانب تحديد تطبيقات الإلتزام بتحقيق نتيجة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مضمون التزام الجراح بتحقيق نتيجة

الجراحة بصفة عامة ممارسة طبية تقضي بالضرورة استعمال بعض الأجهزة تدخل بشكل واضح في التدخل الجراحي والمتمثلة في المشرط الأجهزة الباعثة للأشعة، وأدوات كالإبرة والخيط...الخ، فيمكن باستعمال الأدوات والوسائل الطبية أن تؤدي إلى أضرار المرضى بسبب استخدام الجراح لتلك الأدوات، وكون أن الجراح غير ملزم بشفاء المرضى وذلك لان الشفاء بيد

[1] – علي فيلالي، الالتزامات،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر2008، ص28.

[2] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص55.

[3] – الالتزام بالسلامة هو التزام حديث بالنسبة للطبيب أقره القضاء سنة 1997، الذي اعتبره التزاما تبعيا للالتزامات الرئيسية وللعلاج، التي يرتبها العقد الطبي طبقا للمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، التي تقابل المادة 54 من القانون المدني الالتزام بالعلاج هو التزام بأداء عمل بينهما الالتزام بالسلامة فهو الالتزام بالامتناع، نقلا عن: سامية بومدين، ، المرجع سابق، ص72، هامش رقم (2).

الله عزّ وجل، فعلى الأقل يضمن سلامة المريض بعدم تعرضه إلى أخطاء طبية في العمل الجراحي تؤدي بأضرار، لأن المريض يسلم نفسه للجراح الذي يثق، فعلى الأقل أن يضمن له السلامة والحماية[1].

وبناءا على ذلك فإن تحميل الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة يعتبر تهديدا له وتشديدا في نفس الوقت، لكن هذا القيد فرضته ضرورة حماية المريض الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فيحمل الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة إما بحكم الاتفاق أو بقوة القانون[2].

ويقوم الإلتزام على اتفاق سابق بين الطبيب والمريض عن طريق عقد طبي، يرتب التزامات متقابلة بين طرفي العلاقة، وهما الطبيب والمريض فيشمل التزام الطبيب تقديم العلاج اللازم بإتقان وتفان إلى المريض، مقابل التزام هذا الأخير بدفع أتعاب الطبيب[3].

وعليه تعتبر هذه العلاقة اتفاق يقوم على أساس تحقيق نتيجة معينة للمريض، بحيث يكون اتفاقهما على شكل شروط واردة في العقد المبرم، وإذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها يكون الطبيب مخطئاً[4] فهو التزام يتعهد فيه الطبيب باعتباره مدين بشيء معين، وما على المريض إلا أن يثبت الالتزام وأن عدم قيامه بالتنفيذ ناشئ عن خطئه[5]. ومثال ذلك: أن يعد الجراح بالقيام شخصيا بالعملية الجراحية، فإنه يعتبر مسؤولا بقوة القانون عن الضرر الذي ينجم عن فعل الجراح الذي قام بالعملية بدلا منه في غياب أية حالة من حالات السبب الأجنبي[6].

فالطبيب الذي يتفق بأن يتعهد بتحقيق غاية محددة، كأن يتعهد لمريضه بالشفاء، فإذا تحقق الأمر برئت ذمته وإذا لم يتحقق يكون ضامنا[7]، فإذا أراد الطبيب التخلص من مسؤوليته، وجب عليه أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه المحدد أو أن عدم تنفيذه لا ينسب إليه، بل إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو خطأ المريض فخطأ الطبيب هنا مفترض، ولا ترفع عنه

---

[1] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص73.

[2] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص159.

[3] – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص439–441.

[4] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص55.

[5] – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص185.

[6] –بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص159.

[7] – المرجع نفسه، ص159.

المسؤولية إلا بنفي رابطة السببية بين ذلك الخطأ المفروض، وبين الضرر الحادث للمريض بسبب الإخلال بالتنفيذ[1]، وهذا النوع من الإتفاق نصت عليه م 178من ق.م.ج

وقد قضت محكمة النقض بباريس حكمين لها بتاريخ 1997/05/05 و 1997/10/20 بأنه: "إذا كانت طبيعة العقد الذي يعقد بين الجراح وبين مريضه تضع على عاتق المهني من حيث المبدأ مجرد التزام ببذل عناية، فإنه رغم ذلك يلتزم بتحقيق نتيجة بإصلاح الضرر الذي لحق بمريضه بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاجه، كلما كان الضرر الذي لم يكن التعرف على سببه الحقيقي مرتبطا مباشرة بالتدخل الذي جرى بالمريض، ولم يكن له علاقة بحالة هذا المريض السابقة"[2].

الفرع الثاني: تطبيقات التزام الجراح بتحقيق نتيجة

يكون الطبيب ملزما بتحقيق نتيجة محددة نظرا لطبيعة أدائه أو عمله الطبي، وهذا الالتزام لا يمكن حصره نظرا لتطورات العملية السريعة[3]، فهناك التزامات متصلة بالواجبات الإنسانية وأخرى بأخلاقيات الطبيب كالالتزام بإعلام المريض، والتزامه بالحصول على موافقة المريض،والتزامه بعدم إفشاء سر المريض كلها التزامات بتحقيق نتيجة، وهناك بعض الأعمال الطبية اكتست معطيات عملية تمكن من الوصول إلى نتائج مؤكدة، لأن التقنيات فيها أصبحت في متناول اليد، ففي هذه الحالة يعتبر إلتزام الطبيب المعالج هو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث أن المسؤولية هنا أصبحت مبنية على أساس الخطأ المفترض غير قابل للدفع[4].

وعليه فعلى الطبيب الجراح مراعاة الأصول العلمية والفنية من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة طبية (أولا) أو المحافظة على مرضاه بعدم انتقال العدوى عن طريق عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية (ثانيا) مع تحقيق غاية في الجراحة التجميلية التي لا مجال فيها لفكرة الاحتمال الطبي (ثالثا).

---

[1] – أحمد محمد بدوي، المرجع سابق، ص ص185–186.

[2] – مراد بن صغير ، المرجع سابق، ص28.

[3] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص45.

[4] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص160.

أولا: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

إن التقدم العلمي والفني وزيادة إستخدام الآلات الحديثة، وما ينطوي عليها من مخاطر على الإنسان في العمليات الجراحية، و قد يصاب المريض بضرر جراء استخدامها من طرف الجراح[1]، جعل إلتزام الطبيب الجراح تجاه مريضه التزاما محددا هو ضمان سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ الطبيب من أجله، ويعد إلتزامه هذا إلتزام بتحقيق نتيجة، وتنقطع صلتها بالأعمال الطبية التي يظل محل الالتزام بتأديتها بذل عناية.

فيجب التفرقة بين الأضرار التي تنشأ عن الأعمال الطبية –وهي ذات طبيعة علمية بحتة– وبين الأضرار المستقلة عن المرض والمنقطعة الصلة بالأعمال الطبية[2]، والتي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض[3] وهي كل الأضرار التي تمس المريض وتكون منقطعة الصلة به، وتستقل عن العمل الطبي في معناه الدقيق، وما ينطوي عليه من طبيعة فنية، لذا فإن طبيعة الإلتزام بصددها هو إلتزام بتحقيق نتيجة، وهذه النتيجة هي سلامة المريض[4].

إذ يوجد إرتباط وتداخل كبير بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بالسلامة، مما يصعب في كثير من الأحيان التمييز بينهما، و هذا ما جعل الكثير من رجال الفقه والقضاء الأخذ بمفهوم أخر وسط وهو الالتزام "بسلامة النتيجة" أو الالتزام بالسلامة والنتيجة، حيث قرر القضاء الفرنسي فرض التزام بتحقيق نتيجة مكرسا بالالتزام بالسلامة[5]، حيث قرر التزام الطبيب بنتيجة سلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه جراء إستخدام تلك الأدوات والأجهزة[6] .

فتعددت القضايا التي رفعت بشأنها دعاوى ضد الجراحين، منها القضاء بمسؤولية جراح عن وفاة مريضه أثناء التدخل الجراحي، وكان سبب ذلك انفجار لتسرب الغاز من جهاز التخدير، واشتعاله بشرارة خرجت منه وفي قضية أخرى حكم بمسؤولية طبيب عما أصاب

---

1 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص212.

2 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص 160، هامش رقم (2).

3 –محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص213.

4 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص204.

5 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص161.

6 – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص63.

المريض عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشرط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير الطبيب[1].

فالطبيب يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض من الأشياء التي يستعملها بمناسبة تنفيذه أو أدائه للعمل الطبي وهو ما يسمى بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية[2]، إذ يقع على عاتق الجراح إلتزام بضمان سلامة المريض الذي هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى من المسؤولية، حتى ولو كان العيب الموجود بالجهاز يرجع إلى صنعه و يصعب كشفه، ويفهم من ذلك أنه يجب عليه تفحص هذا الجهاز قبل استعماله في العملية الجراحية.

ثانيا: نقل الدم والتحاليل الطبية

يرتب العمل الجراحي بطبيعته على عاتق الجراح ضمان أية أثار ضارة ناتجة عن عملية نقل الدم، التي يضطر جسم المريض لتعويضه بها عما فقده من دم نتيجة الوسائل التي يستعملها من شق واستئصال وبتر في عمله، غير أن عمليات نقل الدم تصاحبها خطورة كبيرة بسبب الأمراض التي قد تنتقل نتيجة التعويض بالدم، وعليه يجب أن يكون التزام الجراح بصددها إلتزاما بتحقيق نتيجة إذ يتعين عليه أن يفحص ويتأكد من أن الدم المعطى للمريض متفق مع فصيلة دمه، إلى جانب ذلك يجب أن يكون خاليا من أي مرض حتى لا يعرض حياة ما في يده من مرضى إلى الخطر، وأن يكون الدم محتفظا به بطريقة علمية تضمن سلامة المريض[3].

وقد أثيرت في هذا الصدد قضية مهمة حيث أدخلت إحدى السيدات مستشفى الرويس التابع لشكة بترول أبو ظبي، والتي تشرف عليها إحدى الشركات الأمريكية لإجراء جراحة بالرحم، وخلال العملية احتاجت إلى نقل الدم، وفعلا تم النقل، ولكن بعد العملية ظهرت عليها أعراض تبين بالفحص أنها أحست بمرض الايدز، وذلك بسبب الدم المأخوذ من مساعد طبيب شاذ جنسيا يعمل بالمستشفى ويحمل المرض[4].

---

[1] – محمد حسن منصور، المرجع سابق، ص ص213—214.

[2] – المادة 1/138 ق.م.ج: "كل من تولى حراسة الشيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء" تقابلها م 1484 ق.م.ف.

[3] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص54.

[4] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص54.

ما أدى بالمريضة لرفع دعوى أمام محكمة أبو ظبي الابتدائية على الطبيب المعالج ومساعد الطبيب الذي أخذ منه الدم الملوث وعلى الشركة الأمريكية، حيث أسست دعواها على عدم مراعاة الأصول الطبية والحيطة والحذر الواجبة عليهم بعدم فحص وحدة الدم المأخوذة من مساعد الطبيب والتي نقلت رغم توافر أجهزة فحص داخل المستشفى، مما أدى إلى نقل الفيروس، وقد أحالت محكمة الموضوع القضية إلى ذوي الخبرة وحكمت بإلزام المدعى عليهم بالتعويض بالتضامن[1].

وعليه للتعرف على فصيلة الدم يعهد الجراح بذلك إلى معمل التحاليل الطبية، والتي تعتبر من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا ولا تحتمل صعوبات خاصة، ولا تنطوي على قدر من الاحتمال، وذلك لاعتبار صاحب المعمل أو المختص مكلف بنتيجة وهي سلامة التحليل ودقته، ويستوي في ذلك أن يكون موضوع تحليل الدم معرفة مكوناته، و تحديد فصيلة الدم بشكل دقيق وأن يكون خال من الجراثيم والأمراض التي تعرض حياة المريض إلى أخطار [2].

فقد قررت محكمة استئناف باريس أن مركز الدم يعد مسؤولا في عقد نقل الدم عن تقديم دم خال من أية عيوب، وهو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو أحد مشتقات الدم، على أن لا يثبت مركز الدم السبب الأجنبي[3].

ثالثا: الجراحة التجميلية

تعرف الجراحة التجميلية بأنها: "مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري، تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد".

ويجب أن يتوفر لدى جراح التجميل التخصص الطبي الدقيق في هذا المجال[4]، وفقا لنص المادة 198 من ق.ح.ص.ت.ج[5] والتي تقضي بعدم جواز ممارسة مهنة طبيب

---

1 – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص55.

2 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص232.

3 – حكم محكمة إستئناف باريس، بتاريخ 1991/11/28، نقلا عن وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق ص55.

4 – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص45.

5 – قانون رقم 90–17 المعدل والمتمم للقانون 85–05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الصادر بتاريخ 17 فبراير 1985، ج ر، رقم 35 لسنة 1990.

اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي، إذا لم يكن حائزا على شهادة في هذا الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها،أي بمعنى أن الطبيب عام لا يجوز له ما عدا في حالات الضرورة القصوى إجراء أي عملية يتطلبها اختصاص معين[1].

وعليه فالطبيب الجراح يترتب على عمله الجراحي التجميلي التزاما، غير أنه ظهرت مشكلة في تحديد طبيعته نحو المريض، إذ أن كل من القضاء والفقه ترددا في تحديد هذا الالتزام، ويرجع ذلك للتطور الذي صاحب مثل هذه العمليات.

فقد اعتبر البعض منهم أن إلتزام الجراح يقتصر على بذل العناية اللازمة فقط[2]، فيجب على جراح التجميل أن يكون حذرا في عمله ويجري الفحص بدقة شديدة، وذلك لأن عمليات التجميل مسألة لا تمليها حالات الاستعجال ولا الضرورة، مما يمكن معه من تحوير التزام الطبيب من التزام ببذل عناية إلى التزام ببذل عناية مؤكدة وخاصة، دون أن يصل إلى التزام بتحقيق نتيجة[3]. وعليه فالتزام الجراح التجميلي لا زال التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة[4].

وهذا واضح في قضية عرضت على محكمة النقض المصرية بتاريخ 1971/07/26 والذي صدر فيها حكم تناولت فيه الالتزام الذي يقع على الأطباء حيث قضت بأن: "......جراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء ولا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، وإنما على اعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته للخطر"[5].

إلا أن البعض الأخر اعتبره، التزاما بتحقيق نتيجة وليس لفكرة الاحتمال محل، ويرجع في ذلك بالنظر لانعدام الشرط الذي يُبرر المساس بحرمة جسم الإنسان وهو الشفاء من مرض و يظهر تشديد المحاكم في تقدير خطأ الجراح التجميلي[6] واعتبار التزامه في هذا الشأن التزام بتحقيق نتيجة حيث يسأل هذا الجراح عن الفشل في العملية ما لم يقم الدليل على انتفاء العلاقة

---

1 – محمد رايس، المرجع سابق، ص210.

2 – سامية بومدين، المرجع سابق، ص67.

3 – محمد رايس، المرجع سابق، ص211.

4 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص119.

5 – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص50.

6 – سامية بومدين، المرجع سابق، ص67.

السببية بين ما فعله والضرر الناتج وهو فشل العملية، وخاصة حين تكون هذه العملية لا تفرضها ضرورة علاجية فيقع على عاتقه إلتزام تحقيق نتيجة[1].

ويتضح ذلك من خلال أحكام القضاء الفرنسي التي يستعمل فيها عبارات تقرب فيها التزام جراح التجميل من الإلتزام بتحقيق نتيجة، فقد قضت محكمة استئناف باريس بأن: "النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فنظرا لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب الجراح أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت مخاطر للفشل ولم يتم تحذير الشخص المقبل لعملية التجميل، فينبغي على الجراح عدم القيام بها والامتناع عنها إلا إذا كان واثقا من نجاحها، نظرا لان الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة الشخص أو صحته"[2].

ولكن حتى وإن وعد الجراح التجميلي بتحقيق غاية محددة، وذلك بأخذ صورة رقمية والقيام بالعملية عن طريق الحاسوب واقتراح النتيجة المرغوب فيها، إلا أنه في هذه الحالة لم يستعمل المشرط وبالتالي لم تتم العملية ولم تحصل مضاعفات التي تكون محتملة الحصول، وعليه النتيجة غير مضمونة.

فمن المنطق أنه لتحديد طبيعة التزام الجراح التجميلي يجب أن نميز بين حالتين: إذا كان تدخل الجراح التجميلي لسبب نفسي وتأكد من المرض النفسي[3]، فيمكنه إجراء التدخل الجراحي، لأن بعض التشوهات يمكن أن تؤثر على نفسية المريض لما لها من قيمة اجتماعية، لا حرج في السعي إليها شريطة عدم المجازفة بالمريض، وبتبصيره بكل دقائق العملية وما يترتب عنها[4]، ويجب في تلك الحالة محاسبته على التزامه ببذل العناية للمريض وليس بتحقيق نتيجة، أما إذا أجريت بهدف غير الشفاء ففي مثل هذه الحالة يكون مطالب بتحقيق نتيجة[5].

---

[1] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص46.

[2] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص71.

[3] – المرجع نفسه، ص 74.

[4] – محمد رايس، المرجع سابق، ص213.

[5] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص74.

وفي الأخير نستخلص أن الجراحة تعتبر من أهم فروع العلوم الطبية، غالبا ما تكون العلاج الوحيد لإستئصال الداء الذي يشكو منه المريض، إلا أنها تنطوي على مخاطر عديدة يمكن وصفها بالأخطاء الطبية لأنها تشكل إخلالا بواجبات تقع عليه إنطلاقا من طبيعة عمله، وتستمد من مخالفة مجموعة من الواجبات المرتبطة بما توحيه المهنة من ثقة وإئتمان على جسد المريض وروحه، وهو ما يفرض على الأطباء الجراحين إلتزام ببذل عناية دقيقة ويقظة سواء في مرحلة الإعداد للعملية الجراحية أو أثنائها أو بعدها كأصل، وبتحقيق نتيجة معينة في الحالات الإستثنائية، فإرتكاب الطبيب الجراح خطأ طبي من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسؤولية مدنية.

إلا أنه لا يمكن مساءلة الجراح بمجرد إرتكابه أخطاء طبية وإنما يجب لقيامها تضرر المريض جراء الخطأ المرتكب من قبل الجراح بضرر، وأن يكون إرتباط بينهما أي قيام علاقة سببية بين الخطأ الطبي والضرر اللاحق به.

الفصل الثاني: آثار الخطأ الطبي في العمل الجراحي

لقيام مسؤولية الجراح يكفي خروجه عن الأصول المهنية التي تفرضها مهنته الطبية، وعدم بذل العناية اللازمة في عمله الجراحي، وهذا ما يؤدي الى اصابة المريض بضرر يمس صحته، ويؤثر على حياته وسلامته الجسدية سواء كان هذا الضرر ماسا بكيانه المادي أو بشعوره أو بعاطفته.

فيعد حصول الضرر للمريض ركنا أساسيا من أركان قيام المسؤولية الطبية لكي يقع الطبيب تحت طائلتها، فليس مجرد حصول الخطأ من الطبيب كافيا لإقامة الدليل على تحقق المسؤولية الطبية، بل يجب أن يكون هناك ضرر حاصل للمريض بسبب ذلك الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب.

وعليه فالضرر يعتبر ركن أساسي في المسؤولية متى ارتبط بالخطأ وقامت بينهما علاقة سببية، وتوافرت شروط تجعل هذا الضرر موجبا للتعويض (المبحث الأول).

في حين أن المريض إذا أثبت الضرر الذي أصيب به جراء العملية الجراحية له حق التمسك بالمسؤولية المدنية، ومساءلة الطبيب عن أخطائه الطبية جراء عمله الجراحي، فيتعين في هذا الصدد تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للجراح (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الضرر الطبي الناتج عن الخطأ الطبي في العمل الجراحي

لا يمكن ترتيب المسؤولية المدنية للطبيب الجراح دون ضرر تطبيقا لقاعدة "لا دعوى بغير مصلحة"، فهو يعتبر الركن الثاني بعد الخطأ الذي يصيب المريض في حياته أو سلامة جسمه، أو في شعوره.

والضرر في هذا المجال لا يخرج عن أحكام القواعد العامة، لذا سنتطرق الى البحث في أحكام الضرر وتطبيقها على مختلف صوره وتحديد الشروط الواجب توافرها من خلال تحديد مفهوم الضرر في المجال الطبي(المطلب الأول)، لكن الضرر وحده لا يمكن من ترتيب المسؤولية على الجراح إلا إذا كانت هناك علاقة بين الضرر والخطأ الطبي المرتكب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الضرر الطبي

يتعامل الطبيب مع أثمن شيء يملكه الإنسان ألا وهو الحياة والصحة، فيملك الطبيب المعالج (الجراح) ما يقابله لإنقاذ هذه الحياة وهي الخبرة والمهارة التي يعلق عليها المريض أماله للشفاء، إلا أنه قد يصاب بضرر بين لحظة وأخرى إثر خضوعه للعملية الجراحية[(1)].

والمشرع الجزائري لم يورد تعريف للضرر، وإنما أشار إلى فكرة الضرر في المواد 124 إلى 140 من ق.م.ج، وهذا ما فسح المجال للفقهاء لتحديد تعريف للضرر الموجب للمسؤولية الطبية.

فأجمعت التعاريف الفقهية على الضرر هو" ما يصيب المرء في حق من حقوقه، أو مصلحة من مصالحه المشروعة، من جراء عمل الطبيب غير المعتاد"، فللإنسان الحق في الحياة، وسلامة جسمه، بحيث يعدّ الجرح والعجز الذي يمس المريض تعديا ومساسا بهذه الحقوق، وكل مساس بمصلحة المريض، أو حق من حقوقه بصفة غير مشروعة، يمثل ضررا يوجب التعويض والجبر[(2)] ولكن هل كل ضرر مهما نوعه، يكون واجب التعويض، أم أن هناك أضرار تفلت من هذا الحكم؟ (الفرع الأول).

وليس كل ضرر يلحق بالمضرور يستوجب التعويض، بل لا بد أن تتوافر فيه الشروط المحددة قانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صور الضرر الطبي

تقوم مسؤولية الجراح كلما تسبب في إحداث ضرر للمريض، باعتباره حالة نتجت عن فعل طبي مس بالمريض في قيمة مادية أو معنوية أو كلتيهما للشخص المتضرر.

وعليه للضرر عدة تقسيمات، أبرزها تقسيم الضرر إلى ضرر مادي وضرر أدبي، والتي سنتناوله فيما يلي

---

[1] – كريمة عباشي،الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 2011/11/09، ص10.

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص 270–271.

أولا: الضرر المادي

الضرر المادي هو إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية[1]، أي بمعنى الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي.

فالإخلال بمصلحة مالية للمضرور يعد ضررا ماليا يصيب ذمته المالية، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية، كما لو أدى التدخل الجراحي إلى إصابة ساق المريض بتعفن فينفق مبالغ مالية، كذلك يدفع مبالغ مالية أخرى مقابل إقامته في المستشفى

كما قد يكون المساس بحق غير مالي، كالمساس بسلامة الجسم أو بحياة الإنسان، إذا ترتبت عنه خسارة مالية كان الضرر ماديا، كالعجز عن الكسب أو نفقات العلاج، ما من شأنه أن يخل بقدرة الشخص سواء أكان ذلك المساس جروحا أو كسورا أو وفاة[2].

غير أنه وبإعتبار العمليات الجراحية تتطلب فترة نقاهة قد تكون طويلة كي يعود الشخص إلى حالته الطبيعية وتظهر نتيجة العملية، فهذه الفترة التي تعطل فيها الشخص عن العمل لا تعتبر ضرر يستوجب التعويض عليها[3].

فهل كل ضرر مادي يدعيه الشخص نتيجة العملية الجراحية مهما يكن مستقبليا أو احتمالي، يستوجب التعويض؟

يشترط للتعويض عن الضرر المادي أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور، ولا يصلح أن يكون هذا الضرر أساسا لطلب التعويض إلا بتحققه،غير أنه يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر في المستقبل متى كان محقق الوقوع[4].

ولكن نظرا لكون العملية الجراحية التي تتطلب انتظار شهور كي نستطيع تقدير مدى نجاحها العملية والآثار التي قد تترتب عنها،فعلى القاضي الأخذ بعين الاعتبار الضرر الذي قد يظهر في المستقبل كإمتداد للضرر الأصلي، وذلك وفقا للمادة 131 ق.م.ج التي تنص على ما يلي:

---

[1] – أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص855.، إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات، 2009، ص212.

[2] – بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص71.

[3] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص 146.

[4] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص162.

"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية،فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"

ومعنى ذلك أنه يسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة[1]، بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه المريض، وهذا إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم تحديد مقدار التعويض بصفة نهائية وقطعية، خاصة إذا كان الضرر سيتحقق أو يزداد في المستقبل[2].

وقد تتطور الأضرار الناجمة عن التدخل الجراحي، وبذلك فإنه يمكن للقاضي أن يقضي بما يناسب من تعويض وفقا لما صار إليه الضرر عند الحكم، وليس وقت وقوعه، على أنه إذا تفاقم الضرر عما كان عليه وقت تقدير القاضي له، فإن ذلك لا يمنع المضرور من أن يطالب بدعوى جديدة بتعويض الضرر الذي لم يتوقعه القاضي وقت صدور الحكم.

كما يمكن أن تشمل هذه الدعوى تعويض تكميلي، وذلك في حالة تفاقم جسامة الإصابة الجسدية عن القدر الذي صدر بشأنه حكم التعويض، كما لو تحدد التعويض في الحكم القضائي النهائي السابق صدوره بنسبة معينة من العجز النهائي للمضرور، فيجوز هنا رفع دعوى جديدة تكميلية عن قدر الزيادة في نسبة العجز التالية لصدور الحكم النهائي بالتعويض[3].

ثانيا: الضرر المعنوي

من الواضح أن الضرر الناتج عن الإصابة الواقعة على الجسم بفعل خطأ الجراح لا ينحصر في الأضرار المادية فقط، بل تمتد لتشمل الضرر المعنوي.

فالآلام الجسمانية تحدث للمصاب ضرر معنويا بخلاف الضرر المادي، مع العلم أن هناك ارتباط بينهما، وبدون الضرر المادي لا وجود لمثل هذه الآلام[4].

---

[1] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص147.

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص 272–273.

[3] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص ص493–494.

[4] – كريمة عباش، المرجع سابق، ص21.

وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1972/02/13 حيث ذكرت الأضرار النفسية الناشئة عن الضرر الذي لحق بجسم المصاب تستوجب التعويض عنه حتى لو كان المصاب يعمل خلال ذلك ولم ينقص أجره كما قضت أيضا في 1980/05/20 بأن الآلام النفسية التي عاناها المصاب من أثر العمليات الجراحية التي أجريت عقب الحادث تشكل ضررا جسمانيا تستوجب التعويض[1].

فالضرر المعنوي هو ضرر يخص العاطفة ويمس الشعور ، ويلحق الآلام ويؤثر على النفس ويصيب المريض بالأحزان، وهو كل ما يصيبه في جسمه من أضرار دون أن تنقص من قدراته في العمل كالآلام والأوجاع[2]. فالضرر الذي يصيب المريض جراء خطأ الجراح يشمل الأضرار المادية أي الخسارة ومصاريف العلاج، و يمكن أن يؤدي كذلك إلى عجز المريض ، وبالتالي يمس المصلحة الغير مالية والمالية للمريض فيؤدي بدوره إلى الضرر المعنوي أي ما يعانيه المريض جراء الآلام وما يمكن أن ينجر عن ذلك من إصابة الشعور النفسي للمريض[3].

وقد ترتب الإصابة اللاحقة بالمريض تشويه، وهذا التشويه يمس مظهره الجمالي وقد يشعر المضرور بآلام معنوية ناتجة عن حرمانه من متع الحياة[4] وتظهر أهميته أكثر كصورة من صور الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل هذا بالنظر إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة، وبالتالي الإنتقاص من جمال الجسم والخلقة وما ينجر عن ذلك من تشويه، فيركز الضرر المعنوي في مجال الجراحة التجميلية على الضرر الجمالي بغض النظر عن الآلام الجسمانية[5]، فالتشويه في وجه المرأة يكون أشد أثرا من التشويه ذاته في وجه الرجل، ويختلف كذلك ما إذا كان المضرور متزوجا أو أعزب، إذ أنه في حالة الأخيرة تأثر فرص زواجه، كما يؤثر الضرر على صلاحيته للزواج.

وعليه فإن مثل هذا الضرر الذي يعتبر صورة من الصور الضرر المعنوي يستوجب التعويض، يتم تقديره بناء على المعايير كالسن والجنس والوظيفة والوضع العائلي[6]، وذلك

---

[1] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص22، الهامش رقم (2).

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص 279–280.

[3] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص67.

[4] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص21.

[5] – المرجع نفسه، ص23.

[6] – المرجع نفسه، ص 24.

لإختلاف الضرر المعنوي بطبيعة الحال من شخص إلى آخر، فالشاب ليس كالمسن والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي يرتكبها العجز أو التشوه على حالة الشخص المضرور، بالنظر إلى عمله وظروفه الاجتماعية[1].

كما يظهر أيضا في حالة الإعتداء على إعتبار المريض، من خلال قيام الطبيب بإفشاء سر المريض فيصاب بضرر يمس بسمعته أوكيانه الإجتماعي أوحياته الخاصة، وبإعتبار أن الإلتزام بالسر من الإلتزامات القانونية والواجبات الأخلاقية التي يتقيد بها الطبيب نص المشرع الجزائري في مجال الصحة وبالخصوص عن هذا الضرر وفقا لما جاءت به مدونة أخلاقيات الطب في المادة 37 التي تنص على أنه: " **يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته**".

وكذلك نص المادة 39 من نفس القانون تنص عما يلي: "**يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزته من أي فضول**".

ويتضح من خلال تلك النصوص أنه يقع على عاتق الطبيب التزامات قانونية وواجبات أخلاقية، بعدم إفشاء السر المهني لأنه يمس شرف وشخصية المريض، وبالتالي فعلى الطبيب الجراح أن يحرص أثناء أداء مهامه من فحص وتشخيص وعلاج ، أي قيامه بعمله الجراحي، حفاظا على المرضى التي يؤتمن عليهم.

إلى جانب ذلك نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري من خلال المادة 206 التي تنص على ما يلي: "**يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني، إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية**".

وكذلك تنص المادة 233 من ق.ح.ص.ت.ج على ما يلي: "**تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني، المنصوص عليها في المادتين 206و 226 من هذا القانون**".

وتنص المادة 301 من ق.ع.ج.على ما يلي[2]: "**يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على**

---

1 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص166.

2 – أمر رقم 66– 156 مؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8 جوان سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 ،السنة الثالثة، مؤرخة في 11 جوان 1966، معدل و متمم.

أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك..."

وبناء على ذلك فإنه يتعين على الطبيب أن لا يفشي أسرار المرضى للغير وذلك استنادا إلى ثقة المريض في طبيبه، إذ تدفعه الثقة ورغبته في التخلص من آلامه، إلى إطلاعه على ما لم يطلع عليه أحد، ويشكل إخلال الطبيب بثقة المريض خطأ يسأل عنه مدنيا وجنائيا، إلا في بعض الحالات التي يمكن للطبيب فيها إفشاء السر الطبي وذلك حماية لمصلحة أو حق أجدر بالرعاية من المصلحة بالكتمان[1]، فيحق للمريض أو ذويه في حالة تضرره من جراء إفشاء السر الذي يتعلق بالمرض الذي يعاني منه اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض لمثل هذا الضرر.

فالضرر المعنوي لا تترتب عليه أي خسارة مالية، أي أن الذمة المالية لا تصاب بنقصان، وهذا هو الذي خلق مشكلة التعويض عن الضرر المعنوي، بسبب صعوبة تقديره، فهناك من عارض مبدأ التعويض عن هذا الضرر، وهناك من أجاز التعويض عنه[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامة لا نجد نص صريح يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بوجه خاص، وإنما جاءت المادة 124 ق.م.ج مطلقة تنص على أن: " **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"، وكذا نص المادة 131ق.م.ج، فالأصل أن كل من أصيب بضرر يحق له المطالبة بالتعويض، وبناء على ذلك فإن الضرر المعنوي موجب للتعويض متى مس بنفسية أو شعور المريض جراء خطأ الجراح.

وقد فصل المشرع الجزائري في النقاش حول مدى التعويض قبل تعديل القانون المدني في 2005، من خلال نص المادة 182 مكرر من ق.م.ج، تنص على أنه:" **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**".

---

[1] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص24، هامش رقم (5).

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص 280 هامش رقم (1).

فالتعويض عن الضرر المعنوي شأنه شأن الضرر المادي، فهو يعتبر وسيلة إرضاء النفس، فالمال كتعويض عن الضرر المعنوي يجد فيه المضرور مواساة عن حزنه[1] ومأساته التي نتجت عن أخطاء طبية أدت بذلك لوقوع ضرر بشرف وكرامة المريض.

ولكن ليس كل ضرر يلحق بالمضرور يستوجب التعويض، بل لا بد أن تتوافر فيه الشروط المحددة قانونا.

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض

حتى يعد الضرر عنصرا أساسيا من عناصر المسؤولية الطبية، ويتمكن المريض من مطالبة المسؤول بإصلاحه، يجب توافر شروط إستحقاق التعويض، فرغم من اختلاف وجهات النظر في تحديد شروط الضرر، إلا أنه استقر الأمر على أن الضرر المدعى به يجب أن يكون محققا (أولا) ، ومباشرا وشخصيا (ثانيا)، وأن يصيب حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة (ثالثا).

أولا: أن يكون الضرر محققا

يجب لقيام المسؤولية أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون حالا أو أنه حتما سيقع[2]، بمعنى أن وقوعه مؤكد الحدوث مستقبلا[3] بفعل السبب ذاته الذي أدى إلى إحداث الضرر الأصلي الذي وقع[4].

ولكي يعد الضرر محققا وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء، وأن الضرر الذي وقع كان أثناء التدخل الجراحي، أو ممارسة المرفق الطبي أيا كان مستشفى عام أو خاص لنشاطه، أو نتيجة لعدم بذل العناية اللازمة من طرف الجراح مما أدى إلى سوء العلاج الذي تلقاه المضرور[5].

---

[1] – إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،(العقد، الإدارة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب، القانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص216.

[2] – العربي بلحاج، المرجع سابق، ص80.

[3] – يتميز الضرر الحال عن الضرر المستقبلي في أن الضرر الحال هو ضرر محقق وثابت على وجه اليقين والتأكيد، أما الضرر المستقبلي فهو الضرر الذي سيقع حتما، فيكون الفاعل مسؤولا عن تعويض كل من الضرر الحال والضرر المستقبلي، ولقاضي الموضوع أن يقدر التعويض على أساس الحال والضرر المتوقع.، كريمة عباشي، المرجع سابق، ص36.

[4] – محمد رايس، المرجع سابق ،ص272.

[5] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص38.

فتحقق الضرر شرط من شروط التعويض وذلك لأنه لا يكون إلا بتحققه[1]، ولكن هناك بعض الحالات لا يتحقق فيها الضرر حالا، وذلك في حالة الضرر الذي قام سببه وتراخت أثاره كلها أو بعضها في المستقبل، ومثال ذلك الضرر اللاحق بالشخص نتيجة خطأ الجراح، أو خطأ المستشفى بسبب سوء تقديم الخدمة الطبية، إلا أن نتائجه لم تظهر إلا بعد فترة[2].

وعليه فالضرر الذي يستوجب التعويض هو الذي وقع فعلا، و إنما يجوز التعويض عن الضرر المستقبلي، بمعنى أنه لم يقع في الحال و لكنه محقق الوقوع في المستقبل، كحدوث ضرر للشخص نتيجة خطأ الجراح ، غير أن نتائجه لم تظهر إلا بعد فترة ، فهذا النوع من الضرر يعتبر في حكم الضرر المحقق ، يرتب المسؤولية و التعويض[3].

ويتبين أكثر الضرر المستقبلي في العمليات الجراحية التي تتطلب بعد التدخل الجراحي شهور للتأكد من نجاح العملية من فشلها وظهور أثارها[4].

وطبقا لنص المادة 131 من ق.م.ج فإن المشرع الجزائري أعطى سلطة للقاضي في تقدير التعويض عن الضرر الذي قد يترتب في المستقبل، وذلك بالسماح للمضرور المطالب بالتعويض خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

إلى جانب الضرر المستقبلي الموجب للتعويض هناك ضرر آخر يشترك معه في نقطة واحدة هي أن كلاهما لم يتحقق بعد في الوقت الحاضر[5]، وهو الضرر الإحتمالي[6]، غير أنه لا يعطي للمريض الحق في التعويض لأنه قد يقع و قد لا يقع وإن وقع اعتبر ضررا مستقبليا، فوقوعه في المستقبل غير أكيد، وهو يقوم على وهم وافتراض لا أساس له، ولأن الأحكام القضائية لا تبنى على الافتراض[7]، لذلك يبقى الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه إلا إذا وقع فعلا.

---

[1] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص57.

[2] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص33.

[3] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص146.

[4] – المرجع نفسه، ص147.

[5] – محمد رايس، المرجع سابق، ص273.

[6] –في حين التميز بين الضرر المستقبلي والضرر المحتمل والإحتمالي، كما أسلفنا الذكر أن الضرر المستقبل محقق الوقوع لذا يستوجب التعويض، أما الضرر المحتمل فهو غير محقق قد يقع وقد لا يقع، وبالتالي لا يعوض عنه، إلا إذا وقع فعلا، نقلا عن: كريمة عباشي، المرجع سابق، ص37.

[7] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق ص 118.

وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري، إذ قضت غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا بتاريخ 1982/016/23[1]، بأن التعويض يخص الأضرار الحالة و المؤكدة، بمعنى أنه مستقر على عدم التعويض على الضرر المحتمل، نلاحظ أن القضاء المحتمل، لأنه لو قضي بالعكس فذلك يفتح المجال لكل شخص، وخاصة المريض الذي يرى أنه يحتمل أن يصاب بضرر ما في المستقبل من جراء التدخل الطبي، بأن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وهذا من شأنه أن يؤثر سلبًا على عمل الطبيب[2].

ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا و شخصيا

إن الضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية للخطأ، وهذا الضرر هو الذي يكون بينه وبين الخطأ المنشئ له علاقة سببية[3]، إذ لا يستطيع المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، أما إذا كان باستطاعته أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي كان الضرر غير مباشر، بمعنى ما لا يكون نتيجة للخطأ الذي أحدث الضرر وذلك بانعدام العلاقة السببية بينهما[4].

فالضرر المباشر في المجال الطبي هو النتيجة الحتمية والضرورية للخطأ الطبي، كأن يتوفى المريض بسبب مرض مُعْدٍ انتقل إليه بسبب إهمال الجراح في اتخاذ الاحتياطات والعناية اللازمة وفق أصول الفن الطبي[5]، وكذا سقوط إحدى الآلات أثناء التدخل الجراحي إلى جانب حدوث أضرار بعد انتهاء التدخل الجراحي وعلى هذا الأساس يعد الجراح مسؤولا عندما يترك المريض مخدرا فتسقط رجلاه في حافظة الماء الساخن، فيؤدي هذا إلى حروق بالغة تصيب المريض وتؤذيه[6] ولهذا فإن المريض المضرور الحق في طلب التعويض ما إذا ثبتت العلاقة السببية ما بين التدخل الجراحي والضرر المشكو منه[7].

---

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص274.

[2] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص37.

[3] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص56.

[4] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص38.

[5] – المرجع نفسه ، ص39.

[6] – محمد رايس، المرجع سابق، ص283.

[7] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص99.

وعليه فقد نص المشرع الجزائري عن مبدأ التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير مباشر في إطار المسؤولية العقدية في نص المادة 182 ق.م.ج تنص على أنه: "**إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.**

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أوخطئا جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وبناء على ذلك فإن الطبيب الجراح يسأل عن الخطأ الذي ينتج عنه ضرر مباشر لا يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول، في حين لا يجوز مساءلته عن الضرر الغير المباشر[1]، وهذا الضرر الموجب للتعويض يمكن أن يكون متوقعا أو غير متوقع[2].

وتأكيدا لما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 182 ق.م.ج فإنه ونظرا للعلاقة القائمة على أساس المسؤولية العقدية، فإن المدين (الجراح) لا يلتزم إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم[3]، في حين أنه يمكن مساءلة مرتكب الفعل الضار بالغير في المسؤولية التقصيرية، سواء كان هذا الضرر متوقعا أوغير متوقع، ووجب تقويمه على أساس الخسارة اللاحقة والكسب الضائع[4].

ولا يكفي أن يكون الضرر الموجب للتعويض مباشرا، بل يجب أن يكون شخصيا، بمعنى أن طالب التعويض هو المضرور أصلا، فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصيا من ضرر[5]،

---

1 –بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص120.

2 – يقاس التوقع أو عدم التوقع بمعيار موضوعي مجرد لا بمعيار ذاتي أو شخصي بمعنى أنه لمعرفة ما إذا كان الضرر الواقع بالفعل هل هو ضرر متوقع أو غير متوقع فإنه لا ينظر إلى الشخص المدين (الطبيب الجراح)، وإنما ينظر إليه كشخص عادي موجود في نفس الظروف التي وجد فيها المدين وأحاطت به،نقلا عن: كريمة عباشي، مرجع سابق، ص41.

3 – محمد رايس، المرجع سابق، ص284.

4 – المرجع نفسه ، ص285.

5 – العربي بلحاج، المرجع سابق، 87.

كالمريضة التي تصاب بالعقم بسبب خطأ الجراح، أو أشخاص معنيين بذواتهم كورثة المتوفى[1]، فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قدم من المريض المضرور نفسه، أو من له علاقة أو صفة قانونية كمن ينوب عن المريض غير المؤهل قانونا، كالمريض القاصر، وفي هذه الحالة نكون بصدد الضرر المرتد[2].

ويقصد به الضرر الذي يترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير، كالضرر الذي يصيب الورثة بسبب وفاة مورثهم، وكذلك الذي يصيب الخلف شخصيا بسبب الضرر الذي أصاب السلف، أو الضرر الذي يلحق زوجة المريض جراء إصابة هذا الأخير إثر عملية جراحية أدت إلى عاهة مستديمة، فقد يشمل هذا الضرر المترد ضررا ماديا يتمثل في الخسارة المالية أو ضررا معنويا يمس العواطف والمشاعر[3].

ثالثا: أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور

بمعنى أنه يقع هذا الضرر على مصلحة مشروعة للمريض أو حق من حقوقه المكتسبة قانونا مع ضرورة عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة[4].

والحق المقصود هنا هو حق الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله من الأذى الذي يترتب عن أخطاء طبية في عمليات جراحية تصيب جسم المريض، وبالتالي المساس بحق من حقوق المريض الأساسية في الحياة يعتبر من قبيل الأضرار التي يستوجب التعويض عنها[5].

فطالب التعويض قد يكون المضرور نفسه، وقد يكون أحد الورثة الذين يلزم المريض بإعالتهم قانونا ، هذه الحالة لا إشكال فيها، فكلما إنصب الضرر على حق يحميه القانون يحق للمضرور رفع دعوى قضائية للمطالبة بتعويضه عن الضرر اللاحق به كحق الزوجة بالنفقة على زوجها حق مكرس قانونا وشرعا وهذا ما أكدته م74 من ق.أ.ج[6] **:"تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78و79و80 من هذا**

---

[1] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص43.

[2] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص121.

[3] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص43.

[4] – وائل تيسير محمد عساف، المرجع سابق، ص99.

[5] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص70.

[6] – قانون رقم 84-58 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد24، مؤرخة في 12رمضان 1404الموافق ل 12جوان1984، معدل ومتمم

القانون"، في حين المشكلة تظهر في حال ما إذا كان طالبي التعويض من غير الورثة، ولكن المريض اعتاد الإنفاق عليهم مدة طويلة، فهؤلاء الأشخاص مصلحة في بقاء هذا المريض على قيد الحياة[1]، وعليه فلهم الحق في المطالبة بالتعويض، باعتبارها مصلحة مشروعة لا تخالف النظام العام والآداب العامة، والعكس صحيح في حالة المصلحة الغير المشروعة القائمة على الإنفاق الغير المشروع فلا تعويض عن المساس بها فإذا كان المريض قد إعتاد الإنفاق على خليلته ثم توفي فإن هذا الإنفاق غير مشروع و من ثم المصلحة غير مشروعة، وليس من حق الخليلة المطالبة بالتعويض عما لحقها من ضرر [2].

وعليه فإذا نص القانون على المصلحة المشروعة من السهل تحديدها وتحديد الأشخاص الذين يمكن الإدعاء بها، فيكفي الرجوع إلى النص القانوني لتحديدها، أما في حالة غياب النص القانوني، فيتولى القاضي مهمة تحديد هذه المصلحة ومشروعيتها لدى المدعي ويستعين القاضي في سبيل ذلك بالإستناد إلى مبادئ القانون الوضعي، وكذلك الإستعانة بالعرف والعادات الموجودة في المجتمع، فيكفي وجود المصلحة المشروعة للمطالبة بالتعويض رغم عدم وجود نص قانوني يحميها[3]، وهذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي إذ قضت محكمة النقض بتاريخ 1967/01/22 "بمنح التعويض لطفلة بسبب وفاة الشخص الوصي عليها رغم عدم وجود رابطة الأبوة معها، عدا الحنان والرعاية و المعاملة التي يكنها لها كما لو كانت إبنته" .

كما قضت نفس المحكمة بتاريخ 1958/01/03 "بمنح تعويض لإمرأة عن مقتل طفل يتيم كانت ترعاه، رغم أن العلاقة بينهما وبين الطفل وإن لم تكن قانونية إلا أنها غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة"[4].

وتطبيقا للقاعدة العامة فإن عبء إثبات الضرر بنوعيه يقع على من يدعيه، وذلك وفقا لما تقضي به المادة 323 ق.م.ج التي تنص على أن: "**على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**"، **وعلى ذلك فالمدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه بمعنى:** "**البينة على من ادعى**".

---

1 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص70.

2 – المرجع نفسه، ص71.

3 – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص ص46–47

4 – المرجع نفسه ، ص47، هامش رقم (2)

ففي الحالات التي يكون فيها الجراح ملزما ببذل عناية، وهي الأصل، يتعين على المريض إثبات الضرر الذي أصابه بسبب عدم بذل العناية، لأن غياب الضرر ينفي المسؤولية المدنية نهائيا لكن في الحالات الاستثنائية التي يكون فيها الجراح ملزما بتحقيق نتيجة كما لو اتفق الجراح مع زبونه بتحقيق غاية، فإن غياب النتيجة في حد ذاتها ضرر، فهنا يكفي أن يثبت الزبون عدم تحقق النتيجة لقيام مسؤولية الجراح[1].

إلا أنه لا يكتفي المدعي بإثبات الضرر الذي أصابه وخطأ المدعي عليه، بل عليه أن يثبت الضرر الذي يدعيه، إنما أنه ناشئ عن خطأ المدعى عليه مباشرة وبعبارة أخرى أن ثمة علاقة مباشرة بينهما، وتلك هي العلاقة السببية[2].

المطلب الثاني: العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الطبي

لا نستطيع القول أو الجزم، أنه كلما وقع ضرر على مريض نتيجة نشاط طبي مارسه عليه الطبيب الجراح، ولو اتصفت تصرفات هذا الأخير بالرعونة وعدم الحذر وقلة الاحتياط، قامت مسؤولية الجراح وألزمناه بالتعويض[3]، إذ يجب على المضرور حتى يستحق التعويض أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الجراح، وبين الضرر الذي أصابه[4].

إلا أن إثبات هذا الركن في مجال الطبي من الأمور الصعبة والشاقة وذلك لتعقد جسم الإنسان وتركيبته، وعدم وضوح الأسباب والمضاعفات الظاهرة التي قد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل خفية مردها طبيعة تركيب جسم المريض واستعداداته، مما يصعب معه تبيان العلاقة المباشرة بين الضرر والخطأ[5].

فالمشرع الجزائري يعتبر أن العلاقة قائمة بمجرد وقوع الخطأ، وذلك بعدم قيام الجراح بالتزاماته أو التأخير في تنفيذها، وبالتالي فالتعويض يكون عن الأضرار الناتجة عن هذا الإخلال وفقا للقواعد العامة لما جاءت به المادة 182 من ق.م.ج التي من خلالها يتبين أن المشرع الجزائري اخذ بالسبب المنتج في مجال الرابطة السببية.

---

1 – سامية بومدين، المرجع سابق، ص152.

2 – العربي بلحاج، المرجع سابق، ص88.

3 – محمد رايس، المرجع سابق، ص291.

4 – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، العمل غير المشروع، شبه العقود، والقانون)، ج2، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر 2004، ص93.

5 – محمد رايس، المرجع سابق، ص294.

إلا أنه في مجال المسؤولية الطبية يرجع تطبيق نظرية تعادل الأسباب وذلك لمساءلة الأطباء حتى مع وجود أسباب أخرى تكون قد ساهمت مع خطأ الطبيب في أحداث النتيجة الضارة التي لحقت بالمريض، وذلك لتميز العمل الجراحي بالعمل الجماعي، وعليه فإنه من الضروري مساءلة الجراح عن خطئه، مما يؤدي بالأطباء إلى توخي الحيطة والحذر خلال ممارسة العمل الجراحي[1].

ونظرا للصعوبات التي يمكن أن تظهر في إثبات العلاقة السببية في المجال الطبي، خاصة من الناحية القضائية التطبيقية، تستبعد تطبيق مسؤولية الجراح كلما طرأ شك في العلاقة السببية وصعب تبيانها[2].

إلا أنه لتفادي الوقوع في مثل هذه المشاكل، ابتكر القضاء الفرنسي حيلة في حال عدم توفر علاقة مباشرة بين خطأ الجراح والضرر الذي مس المريض، وذلك باللجوء إلى فكرة تفويت فرصة الشفاء (الفرع الأول)، ولكن هذه الأخيرة يمكن أن تعد قرينة تثبت قيام العلاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفويت فرصة الشفاء كصورة افتراضية للعلاقة السببية

إن المشرع الجزائري قد أشار إلى تفويت الفرصة، فرصة الكسب في المادة 182 من ق.م.ج[3]، إلا أن هذا النص غير كافي لتطبيقه في المجال الطبي لهذا أوجد القضاء الفرنسي في سبيل مواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين خطأ الجراح والضرر النهائي حل لتيسير مهمة إثباتها عن طريق استعمال نظرية تفويت الفرصة والتي تمت ملاءمتها مع موضوع المسؤولية الطبية[4] وتم الأخذ بهذه النظرية بعد صدور قرار من محكمة

---

1 – محمد رايس، المرجع سابق، ص312.

2 – سامية بومدين، المرجع سابق، ص155.

3 – م 182 ق.م.ج "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطئا جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

4 – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص51.

النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1965 المؤيد للقرار الصادر عن محكمة الإستئناف بباريس بتاريخ 7 جويلية1964 التي منحت تعويضا للضحايا ولو جزئيا حتى في حالة عدم التأكد من الرابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر [1].

وعلى هذا فإذا اعتمدنا على مبدأ إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر فقط لمحاسبة الطبيب والقول بأنه لولا خطأ الطبيب لشفي المريض أو لبقي على قيد الحياة فإن ذلك سيؤدي إلى إفلات أطباء كثيرين من المسؤولية والحساب ولكننا نرى أن علاقة السببية تكون متوفرة إذا كان من شأن الطبيب أن يفوت الفرصة في الشفاء أو الحياة[2].

وتفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة في مجال الجراحة، تثور في مرحلة ما قبل التدخل الجراحي أو في مرحلة المراقبة البعدية للتدخل الجراحي[3]، فهناك قضايا فيما يخص تفويت فرصة في المجال الطبي الجراحي أين خدر الطبيب المريضة تخديرا كاملا ونتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته، فخطأ الطبيب هو عدم الاستعانة بطبيب التخدير ولا يمكن القول على وجه اليقين أن ذلك الخطأ هو سبب موت المريض، ولكنه يعتبر مع ذلك سببا في تضييع فرصة بقائه على قيد الحياة[4]، ولم يتم مساءلة الطبيب لغياب علاقة سببية يقينية بين الخطأ الطبي ووفاة المريض، لكن قضى بالتعويض عن تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة مدنيا[5].

---

[1] – تتلخص وقائعها "في إصابة طفل يبلغ من العمر 08 سنوات إثر سقوطه من مكان مرتفع فأصيبت يده اليمنى و شَخَصها الطبيب المعالج على أنه كسر فعالجه وفق هذا التشخيص، ومع ذلك ظل يعاني من ألام مبرحة أثناء تحريك يده، فعرضه والديه على أطباء آخرين، وشخصو المرض على أنه ليس كسرا وإنما كانت مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل، فرفع أولياء الطفل دعوى التعويض على الطبيب المعالج الأول ، فقضت المحكمة بأنه ليس هناك علاقة سببية أكيدة بين الخطأ و الضرر اللاحق بالطفل ، لكن ألغت محكمة الإستئناف هذا الحكم و قضت بالتعويض بحجة ثبوت قرائن كافية ومهمة ومحددة على قدر من البينة و التحديد تكفي للقول بأن العجز اللاحق بالطفل كان نتيجة مباشرة للخطأ المرتكب من الطبيب و قضت بالتعويض المريض على أساس تفويت الفرصة في الشفاء"، نقلا عن: بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص ص125–126.

[2] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص73.

[3] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص156.

[4] – ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 23 جانفي 2011، ص17.

[5] – ليدية صاحب، المرجع سابق، ص18.

وفي هذا الصدد أخذت محكمة الاستئناف بباريس بمسؤولية الجراح مؤسسة حكمها على تفوية الفرصة في الحياة، حيث قررت :"مسؤولية الجراح يجب أن تقوم، حتى وإن أكد الخبراء أن التأثير لا يمكن توقعه". فالجراح عرض للخطر فرصة حياة هذا المريض وعليه أن يصلح الضرر في تفويت فرصة العيش بسبب إهماله وعدم الاستعانة بمخدر اختصاصي، فقام الجراح بنقض الحكم على أساس إنتفاء العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه والضرر الذي حدث، لكن دفاعه لم ينتصر أمام محكمة النقض التي أكدت في قرارها أن:"الضرر يمكن أن يستند بمجرد وجود فرصة واحدة و نها قد ضيعت، فعدم تأمين الجراح التدخل الفوري لطبيب مخدر اختصاصي عرض للخطر فرصة حياة الشخص الذي أجرى له العملية، فبالتالي عليه إصلاح الضرر بدفع التعويض لأم المريضة"[1].

إلى جانب ذلك كان يتعين على الجراح إجراء بعض الفحوصات الشاملة التي تستدعيها حالةالمريض قبل إجراء العملية الجراحية، ففي مثل هذه الحالة قام الطبيب بالتدخل الجراحي لاستئصال الزائدة الدودية لمريض بدون فحص مسبق، وبعد انتهاء العملية ظهرت أعراض على المريض فتم نقله الى مستشفى خاص ثم ما لبث أن فارق الحياة بسبب تسمم في الدم[2] ولما عرض النزاع على محكمة الإستئناف بفرنسا قضت بمسؤولية الجراح المدنية وإلزامه بتعويض أرملة المتوفي عما أصابها من ضرر مرتد.

فقررت المحكمة أنه كان يجب على الجراح القيام بالفحوصات الأولية قبل إجراء العملية التي جرت عادة الأطباء الأخصائيون على القيام بها قبل الإقدام على أي تدخل جراحي، ويشكل هذا الإمتناع خطأ ثابتا لا شك فيه، وأن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض[3].

وعليه فالقاضي يعتمد على قرائن قوية ومحددة، فهو يتأكد ما إذا كان المرض في سيره الطبيعي، أو كان مؤديا حتما بحياة المريض سواء أجريت له العملية أو لا، فلا يسأل الطبيب الجراح عن موته، أما إذا كانت حالة المريض تبعث الاطمئنان إلى شفائه، فإن أي خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة الشفاء، يعتبر سببا كافيا لقيام المسؤولية[4].

---

[1] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص175.

[2] – كريمة عباشي، المرجع سابق، ص58.

[3] – المرجع نفسه، ص 59.

[4] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص157.

إلا أن الإعتماد على اليقين من أن الخطأ الطبي الثابت هو سبب الضرر النهائي اللاحق بالمريض، يؤدي حتما إلى إعفاء الأطباء من أية مسؤولية، وبتعبير أخر، تمسك القاضي بالخبرة الطبية التي تعجز على إثبات العلاقة السببية اليقينية بين الخطأ الطبي والوفاة، يترتب عنه عدم مسؤولية الأطباء، لذا إستعان القضاء بنظرية تفويت الفرصة كملجأ لمواجهة الشك والتردد القائم حول العلاقة السببية، ولعدم إفلات الأطباء من مسؤوليتهم إتجاه مرضاهم[1].

الفرع الثاني: إثبات العلاقة السببية

تقتضي القاعدة العامة بأن المريض هو الذي يتحمل عبء الإثبات، باعتباره مدعيا في دعوى المسؤولية الطبية، يقع على عاتقه إثبات خطأ الجراح[2].

فمتى أثبت المضرور الخطأ والضرر، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر، فإن القرينة على توافر السببية بينهما تقوم على لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه، بأن يثبت بأن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، لا يد له فيه.

وبناء على ذلك، فإن القضاء يتجه بصفة عامة إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض، فعليه إثبات أن خطأ الطبيب هو الذي تسبب في إحداث الضرر[3]، ويعد إثبات الرابطة السببية في المجال الطبي من الأمور العسيرة، نظرا لتعقد الجسم البشري، وتغير حالاته وخصائصه، وعدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة[4]، وهذا فإنه في حال ما إذا افترض قيام العلاقة السببية بين الخطأ الذي أدى إلى ضياع الفرصة، تقوم قرينة على ثبوت خطأ الطبيب لمصلحة المريض[5].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه ليس هناك تناقض بين عدم إعتبار خطأ الطبيب هو السبب في الوفاة وكونه السبب في حرمان المريض من فرصة حقيقية في الشفاء أو الحياة[6].

---

[1] – ليدية صاحب، المرجع سابق ، ص20.

[2] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص574.

[3] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص180.

[4] – محمد رايس، المرجع سابق، ص294.

[5] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص158.

[6] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص181.

فمن الملاحظ أن إثبات الرابطة السببية في المسؤولية المدنية الطبية تستوجب توافر قرائن هامة ومتكاملة حتى يمكن القول بتوافر علاقة السببية بين الوفاة وخطا الطبيب[1]، فهي تقدم قرينة قانونية على عدم بذل المدين (الجراح) للعناية الواجبة، فلا يكلف المدين لإسقاط هذه القرينة بإثبات السبب بل يكتفي منه بأن يثبت أنه قد بذل عناية الشخص العادي.

أما عن الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق النتيجة، فإنه يكفي لإقامة مسؤولية الجراح إثبات عدم الوفاء بالالتزام الذي يقع على عاتقه بالإضافة إلى حدوث الضر[2].

فالقضاء يقيم قرينة شبه دائمة عند ثبوت خطأ الطبيب لمصلحة المريض على قيام علاقة السببية بين هذا الخطأ و بين فوات الفرصة في الشفاء أو التحسن أو الحياة[3].

و يبدو هذا خاصة في مجال جراحة التجميل، حيث تقوم قرينة قضائية على مجرد خطأ الجراح لمصلحة المضرو، وهذا ما نلمسه في حكم محكمة النقض المصرية الذي قضى بأن:"إن كان مقتضى إعتبار إلتزام الطبيب إلتزاما ببذل عناية خاصة، وأن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشوه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي إقتضت إجراء الترقيع و التي من شأنها أن تنفى عنه الإهمال "[4].

وعليه فعلى خلاف القواعد العامة فإنه يمكن نقل عبء الإثبات من الدائن وهو (المريض) إلى المدين ألا وهو (الجراح) وذلك بإقامة قرينة قضائية على مجرد خطأ الجراح.

ويكون الإثبات بجميع الطرق، إذ كما نعلم أن المدعي في دعوى المسؤولية من ضرر أصابه، وخطأ ينتسب إلى المدعى عليه، ورابطة سببية تربط هذا الضرر بالخطأ يثبت بجميع وسائل الإثبات ومنها البيئة والقرائن[5].

---

[1] – المرجع نفسه، ص 180.

[2] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع سابق، ص584.

[3] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص182.

[4] -سامية بومدين، المرجع سابق، ص159.

[5] – سامية بومدين، المرجع سابق، ص159.

ونستخلص في الأخير أنه قد يصاب المريض إثر تدخل الطبيب الجراح أو المرفق الطبي لتقديم العلاج المطلوب بضرر يمس بكيانه الجسدي وشعوره وعاطفته، لذا يحق للمريض مطالبة المسؤول بتعويضه عن الضرر اللاحق به وذلك بتوافر شروط لإستحقاقه، إلا أنه يمكن للمسؤول تجنب الضرر الذي يصاب به المريض إذا ما إستفاد من الفرصة الأخيرة لتجنب وقوعه.

غير أن توافر كل من الخطأ والضرر وعلاقة السببية غير كافي لترتيب المسؤولية المدنية، فلا بد من تحديد طبيعة هذه المسؤولية للتمكن من تحديد القواعد الواجب إحترامها للجوء إلى القضاء والحصول على التعويض

المبحث الثاني: طبيعة مسؤولية الجراح الناتجة عن الخطأ الطبي في العمل الجراحي

المسؤولية هي التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير إما نتيجة لمخالفته لقاعدة قانونية أو لبنود الاتفاق أو الالتزام الذي في ذمته[1]، في حين أنها من الناحية الطبية هي تثور حول ما إذا تخلف أبناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم والتي ينتظرها منهم المريض[2]، وفي حال ما إذا أخطأ الجراح ونجم عن خطئه ضرر بالمريض، فيسأل عن تعويض ما أحدثه من ضرر.

وعليه ونظرا لتعلق الأمر بجسم الإنسان فإنه لم يكن سهلا على الفقهاء تحديد طبيعة المسؤولية الطبية، فمنهم من اعتبر المريض حرا في تعامله وفي إبرامه ما شاء من العقود[3]، واعتبرها بالتالي مسؤولية عقدية (المطلب الأول) ومنهم من رأى أنه إذا أحدث ضرر خارج نطاق العقد فإن الخطأ بموجب أحكام القانون المدني يكون خطأً تقصيريا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للجراح

أدى تطور مبدأ سلطان الإرادة بفعل العوامل الاقتصادية والاجتماعية وخضوعه للتوجيه من نصوص قانونية[4] إلى إعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض بمثابة عقد طبي، وهذا نتج عن التمسك بنظام المسؤولية العقدية للأطباء الجراحين (الفرع الأول) وقيام المسؤولية الطبية العقدية للجراح في حال ما إذا توافرت شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية

تقوم المسؤولية الطبية العقدية من الناحية القانونية عند إخلال الطبيب القائم بالعمل الطبي، وبالأخص العمل الجراحي بالالتزام المقرر في ذمته، وإلحاق ضرر جسدي بالمريض أوضرر

---

1 –منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص37.

2 – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص193.

3 – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص93.

4 – محمد رايس ، المرجع سابق، ص 348.

معنوي[1]، حيث يربط المريض الجراح عقد طبي قد يكون هذا العقد في صيغة مكتوبة أوغير مكتوبة، فبمجرد توجه المريض إلى مستشفى عام أوخاص أو إلى طبيب معين، فإنه في هذه الحالة يكون توجه المريض للعلاج يدل على قبول المريض للإيجاب الذي يكون الطبيب الجراح قد وضع نفسه فيه بعرض إيجابه[2].

وبناء على ذلك فإنه في حال إجراء العملية الجراحية للمريض مثلا في عيادة خاصة أو عامة فإن العقد قد ينشأ ما دام الاتفاق نشأ أصلا بإيجاب الطبيب وقبول من المريض[3].

ولقد استقر القضاء على تحديد طبيعة المسؤولية الطبية واعتبارها مسؤولية عقدية وليست تقصيرية، ابتداء من صدور قرار مرسي[4] في 20 ماي 1936 الذي يعتبر نقطة تحول في اتجاه القضاء الفرنسي، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية كمبدأ عام أن" مسؤولية الطبيب ذات طبيعة عقدية وقد خلص رجال القضاء في حكمهم هذا إلى أن عقدا حقيقيا يتكون بين الطبيب ومريضه، لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض حتما، إنما يلتزم بأن يبذل جهودا صادقة ومخلصة مصدرها الضمير ومؤداها اليقظة والإنتباه، وهذه الجهود يقتضي أن تكون متطابقة في غير الأحوال الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة، وهي الأصول المتفق عليها بين أهل العلم التي لا يجوز التسامح في تجاوزها أواستبعادها وعدم الأخذ بها ممن ينتسب إلى هذه المهنة، وهي مهنة الطب"[5].

ومعنى ذلك أن ما يبرم بين الطبيب والمريض من عقد صحيح، وإن كان لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض، إلا أنه يتضمن إلتزامه بأن يبذل جهودا خاصة، مصدرها الضمير مع مطابقتها – في غير الأحوال الإستثنائية – للأصول العلمية الثابت، ولا تقوم مسؤولية الطبيب

---

[1] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص37.

[2] – أمير فرج، المرجع سابق، ص304.

[3] – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص38.

[4] – تتخلص وقائعها في أن السيدة مرسي التي كانت تعاني من حساسية في الأنف وراجعت أحد الأطباء المختصين بالأشعة الذي قام بعلاجها مستخدما أشعة "أكس"" rayouns x"، وكان ذلك عام 1925، إذ أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المريضة، فقام زوجها برفع الدعوى نيابة عنها في سنة 1929، أي بعد مرور ثلاث سنوات على انتهاء العلاج طالبا فيها بدفع التعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته مستندا في دعواه إلى أن الضرر الذي أصاب زوجته كان نتيجة استخدام الطبيب المعالج للأشعة بصورة مباشرة، نقلا عن بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص153، هامش رقم (3).

[5] –محمد رايس ، المرجع سابق، ص354

إلا بالتطبيق الخارج عن أصول علم الطب، وإنَ الإخلال بهذا الإلتزام العقدي ولو كان على غير عمد، يوجب مساءلة الطبيب على أساس المسؤولية العقدية[1].

وبناء على هذا الإلتزام التعاقدي فإنه يقع على المريض الذي يدعي تخلف هذا الإلتزام أن يثبت ذلك عن طريق القواعد العامة في الإثبات، أما إذا تمثلت نتيجة العناية الطبية في حدوث أضررا على درجة من الجسامة بحيث لا تتفق مع النتائج المتوقعة للعلاج المألوف، فإن المريض يعفى من إثبات خطأ الطبيب، حيث أن هذا الخطأ يعد من الوضوح الكافي على ضوء الإحتمالات الطبيعية للعلاج و الضروف الإستثنائية التي تدخل في حيز المتعارف عليه[2].

فالطبيعة العقدية بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاها أن يقدم للمريض العناية اليقظة التي تستوجبها حالته وظروفه الخاصة، عناية مشروطة بأن تكون متفقة وأصول المهنة الطبية ومقتضياتها، دون إهمال الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب ويعالج فيها المريض، كالمكان والإمكانيات المتاحة، وتوفير الآلات الطبية والتجهيزات المستلزمة للعمل الجراحي، أوحالة المريض المستعجلة والخطيرة التي تقتضي إجراء عملية جراحية فورا[3].

وتظل مسؤولية الطبيب عقدية، حتى ولو كان العلاج و الرعاية الطبية قد تم بدون مقابل من جانب المريض[4]، والطبيب في المستشفى يجد نفسه دخل في علاقة مباشرة مع المرضى، ويعد مكلفا من قبل إدارة المستشفى بالقيام بعلاج المرضى المترددين عليه، ففي الحالات الطارئة التي تستوجب من الطبيب القيام بإجراء التدخل الجراحي، إذا ما قبل المريض بذلك يلزم – بعد إجراء الفحص– القيام بالعمل الجراحي الذي فرض عليه، فالمسؤولية هنا لا تكون إلا عقدية[5]، وذلك لقيام الرابطة العقدية بين الجراح والمريض لإجراء العملية الجراحية سواء في مستشفى خاص أو حكومي، ما دام العقد أو الإتفاق نشأ أصلا بإيجاب من الطبيب وقبول من المريض[6].

---

1 منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص74

2 محمد حسين منصور ، المرجع سابق، ص195.

3 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص156.

4 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، المرجع سابق، ص75.

5 – المرجع نفسه، ص76.

6 – منصور عمر المعايطة، المرجع سابق، ص38.

وفي هذا المجال قضت محكمة النقض المصرية بأن:"وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض، ولو كانت علاقة تبعية أدبية، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية الطبيب"[1].

وعليه فإن مسؤولية الطبيب عن أخطائه إنما هي مسؤولية عقدية وأخذ بذلك القضاء الفرنسي وتبعه القضاء المصري، إلا أنه بالنسبة للقضاء الجزائري فإن التطبيقات العملية لفكرة المسؤولية العقدية عن خطأ الطبيب المهنية قليلة جدا ولم تضع المحكمة العليا في الجزائر أي مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب[2]، غير أنه كي تتحقق هذه المسؤولية لا بد من توافر بعض الشروط .

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية الطبية العقدية

إن مسؤولية الطبيب من حيث المبدأ هي مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي مترتب على عاتق الطبيب، وهذا ما واستقر عليه القضاء الفرنسي وسايرته معظم التشريعات بما فيها التشريع الجزائري الذي يعترف بتواجد عقد بين المريض والطبيب[3].

ولهذا، لقيام المسؤولية العقدية للجراح يجب أن تتوافر بعض الشروط وذلك طبقا للقواعد العامة،وبالتالي تتمثل شروط قيامها في وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرو(أولا)، وأن يكون المريض هو المضرور جراء هذا العمل من ناحية(ثانيا) ،وأن ينشأ الضرر عن عدم تنفيذ العقد القائم بينهما من ناحية أخرى (ثالثا).

أولا: وجود عقد صحيح بين الجراح والمريض

يجب أن يوجد عقد بين المسؤول والمضرور، أي بين الجراح والمريض، فبدون هذا العقد لا يمكن أن تقوم مسؤولية عقدية[4]، فعليه يظل العمل بنظام المسؤولية العقدية رهينا بتوفر عقد صحيح بين المريض والطبيب تستند إليه مسؤولية هذا الأخير[5].

---

1 – عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع سابق، ص ص196-197.

2 – محمد رايس، المرجع سابق، 355.

3 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للاطباء والجراحين، المرجع سابق، ص67.

4 – المرجع نفسه ، ص68.

5 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص163.

وقد نص القانون المدني بوجه عام على تعريف العقد في المادة 54 كما يلي:"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

فالعقد الطبي هو اتفاق يربط الطبيب والمريض، يلتزم بمقتضاه الطبيب بتقديم العلاج الضروري،وهذا وفقا للمادة 9 من م.أ.ط.ج التي تنص على أنه: "**يجب على الطبيب جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له**".

فمجرد تعليق الطبيب لافتة في عيادته تحمل إسمه وتحدد تخصصه، فإنه يضع نفسه في موقع من يعرض إيجاب موجه للجمهور مقابل قبول المريض وذلك بالتوجه إلى الطبيب، وبالتالي يبرم العقد بشكل طبيعي[1]

وعليه فالمريض له الحرية في إختيار طبيبه مقابل إحترام الطبيب لهذا الإختيار، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من م.أ.ط.ج التي تنص على ما يلي :" للمريض حرية إختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض إحترامه، و تمثل حرية الإختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض ويمكن الطبيب أوجراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه ، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج. "

فإذا كان العقد الطبي صحيحا فإنه يرتب أثاره القانونية كاملة، تكون عادة قوة ملزمة ولكن هذه القوة قد يعتريها ما يوجب زوالها إذا لم يؤخذ رضا المريض بالعلاج في الحسبان، أوكان سبب العقد غير المشروع كما لو كان هدفه إجراء عملية جراحية خطيرة لا تدعو حالة المريض لذلك[2]. فإذا كان العقد باطل، لا بد هنا من الرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، ففي مثل هذه الحالة ما يجعل العقد باطلا هو مخالفته للنظام العام والآداب العامة، كما في حالة ما إذا تدخل الجراح عن طريق عمله ليس بغرض شفاء المريض بل لإجراء تجارب طبية[3].

فتقوم مسؤولية الطبيب العقدية لوجود عقد طبي يربط بين الطبيب والمريض بعلاقة مباشرة. لكن السؤال المطروح، هل يمكن أن يسأل الطبيب على أساس المسؤولية العقدية في

---

[1] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص164.

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص ص394-395.

[3] – إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع سابق، ص111.

الحالة التي يتعاقد فيها مع شركة معينة أو صاحب مشروع خاص دون المريض بغرض تقديم العلاج لموظفيها أوعمالها؟ فهل يمكن تطبيق نص المادة 116 ق.م.ج؟

تنص المادة 116 من ق.م.ج على أنه :"يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .

ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد .

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك. "

كثيرا ما يقوم العقد الطبي بين إدارات الشركات و المصانع وأطباء، يلتزم هذا الأخير بمقتضاه علاج المرضى الذين يصابون أثناء العمل، فهؤلاء الأشخاص المرضى لم يختارو الطبيب و لا يستطيعون رفض خدماته، وعليه كيف هذا العقد على أساس أنه إشتراط لمصلحة الغير، إذ يلتزم الطبيب (المتعهد) في مواجهة الجهة المشترطة بأن يعمل لمصلحة المرضى(1)، وهم المستفيدون من الإشتراط، فيمكن في هذه الحالة رفع دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها المستفيد (المريض) في مواجهة الطبيب وهو المتعهد يطالبه فيها بتنفيذ إلتزامه، وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب تكون عقدية(2).

وبناء على ذلك فإنه يعتبر الإشتراط لمصلحة الغير وفقا للقواعد العامة عقد يتم بين شخصين هما المشترط و الملتزم أو المتعهد، بمقتضاه يكسب شخص ثالث ليس طرفا في العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به(3).

---

[1] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص165.

[2] – المرجع نفسه، ص165.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع سابق، ص334

ولذلك فإن الإشتراط لمصلحة الغير في المجال الطبي تجعل المريض ليس طرفا في العقد المبرم بين المشترط و المتعهد، و إنما يمكنه مواجهة المتعهد (الطبيب) في حال عدم بذل العناية اللازمة للمعالجة أوالإخلال بإلتزاماته المهنية، بدعوى المسؤولية العقدية مطالبا إياه بتنفيذ إلتزامه

ثانيا: أن يكون المتضرر هو المريض

يشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يكون من أصابه الضرر هو المريض، وذلك لأنه لو كان شخصا أخر غير المريض فهنا لا يمكن الاستناد إلى العقد وإنما تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية.

فإذا لحق أحد زوار المريض ضرر من جراء عمل ما قام به الطبيب، فإن مسؤولية هذا الأخير تكون كذلك تقصيرية لكون عقد العلاج الذي يربط بين المريض وطبيبه لا يتضمن مثل هذه الالتزامات[1]، لأن أثار العقد تقتصر على أطرافه كأصل عام، عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقد[2].

ثالثا: نشوء ضرر نتيجة الإخلال بالتزام عقدي

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية، وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر ومن كان ضحيته، بل يجب كذلك أن يكون الضرر نتيجة الإخلال بالتزام ناشئ عنه[3]، إلا أنه إذا كان الضرر نتيجة عمل الطبيب لا يتعلق بأحد الالتزامات الواردة في العقد، فمسؤوليته تكون تقصيرية وذلك ما يمكن أن يقع فيه الجراح عند عدم تنبيه مريضه بالأخطاء المطبعية الواردة بخصوص تحديد الجرعة الواجب تناولها من الدواء مما يسبب أضرارا لهذا الأخير[4].

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص395.

[2] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص174.

[3] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص68.

[4] – محمد رايس، المرجع سابق، ص396.

فلا خلاف حول حق المريض الذي تلحقه أضرار نتيجة إخلال بالتزام عقدي في اللجوء إلى استعمال قواعد المسؤولية العقدية لمواجهة الطبيب المحدث للضرر، وذلك لأن الطبيب ارتبط مع مريضه بعقد والتزم بمعالجته وبذل عناية صادقة ويقظة في ذلك[1].

ولكن السؤال الذي يمكن طرحه هو هل أن قيام العقد الطبي بين الطبيب والمريض بجميع مواصفاته وشروطه يحجب إمكانية اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية؟

يرى جانب من أنصار جواز الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية أنه لا شيء يمنع أو يحول دون إمكانية الخيار بين المسؤوليتين، وذلك لعدم وجود سبب مقنع يحرم المتضرر من الإحتجاج بالمسؤولية التقصيرية، إذا كان الخطأ في الوقت نفسه يشكل إخلالا بإلتزام عقدي وبواجب قانوني خارج عن العقد.

و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مؤرخ في 1926/12/14 حيث رأت جواز التعويض عن الضرر الغير متوقع بناء على المسؤولية التقصيرية، علما أن طبيب المستشفى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما، وأن هذا الأخير كان يجمعه بالمريضة عقد، والإخلال بالإلتزام الناشىء عن العقد هو الذي وقع، علما أن المسؤولية العقدية لا تترتب إلا عن التعويض عن الضرر المتوقع فقط[2].

لكن يرى جانب آخر من أنصار عدم جواز الخيرة بين نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية، أن لكل نظام دائرته الخاصة به، مما يجعل قيام العقد بين المريض والطبيب حاجبا لقيام المسؤولية التقصيرية[3].

فأحكام المسؤولية العقدية موجهة إلى طرفين تربطهما علاقة عقدية، أما أحكام المسؤولية التقصيرية فهي موجهة إلى طرفين لا صلة عقدية بينهما، لذا فمساءلة الشخص على أساس المسؤولية التقصيرية هو إخضاعه لنظام و قواعد أشد مما إختاره، إذ يمكن أن يتفق الطرفين على الإعفاء من المسؤولية، فلا يجوز للدائن الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ليضمن لنفسه ما لا يستطيع ضمانه طبقا لقواعد المسؤولية العقدية[4].

---

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص397.

[2] – تتلخص وقائع القضية في أن مريضة وضعت في مؤسسة صحية، فتمكنت من الهروب منها، وبعد مدة من الزمن وجدت المريضة هائمة في الطريق و قد تجمدت قدماها، الأمر الذي إستلزم بتر أحد قدميها، نقلا عن محمد رايس، المرجع سابق، ص399.

[3] – محمد رايس، المرجع سابق، ص398

[4] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص175، هامش رقم (2).

فإذا كان الخلاف على مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية قائم، فإنه غير وارد بالنسبة لمسؤولية الطبيب لأنها مسؤولية طبية مهنية، ولأن قواعد أخلاقيات الطب ليست مبادىء ذات إلزام أدبي فحسب ، بل هي قواعد قانونية ملزمة، يتصل بعضها بالنظام العام المدني، مما يؤدي إلى بطلان كل عقد يرتبط به المهني مع المتعامل معه، إذا كان مخالفا لتلك القواعد[1]، وبالتالي فالطبيب يعد مسؤولا عن كل إخلال بعمله المهني أثناء ممارسته له، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من م.أ.ط.ج صراحة على أن:**"الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به ".**

فالأخذ بمبدأ الخيرة بين المسؤولية عقدية والمسؤولية التقصيرية في المجال الطبي أمر مبرر ذلك أن الخطأ المهني مستقل عن العقد الذي أبرمه الطبيب، وأن التزام هذا الأخير به ليس مصدره العقد فقط وإنما موجود بدونه، أضف إلى ذلك أن مهنة الطب وظيفة اجتماعية تفرض واجبات خاصة على صاحبها تجعل الإخلال بأحكامها إخلال بالنظام العام يتجاوز حدود العقد[2].

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للجراح

مسؤولية الطبيب من حيث المبدأ هي مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بإلتزام تعاقدي مترتب على عاتق الطبيب، إلا أن هناك استثناء أين تكون العلاقة بين كل من الجراح والمريض غير عقدية وإنما تنشأ عن خطأ يرتكبه شخص ويسبب ضررا للأخر، وبالتالي توجب مسؤولية تقصيرية.

وقد أخذ القضاء الفرنسي موضوع مساءلة الأطباء عن أخطائهم عام 1833 بعد ما كانت المسائلة مرفوضة لأنها تعرقل البحث العلمي وتؤدي إلى الإحجام عن البحث على أفضل السبل للعلاج والشفاء.

وبذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية[3] وأيدها في ذلك الفقه (الفرع الأول)، ولكن سرعان ما تخلى كل من القضاء والفقه عن هذه الفكرة وأصبحت تقام المسؤولية التقصيرية في حالات استثنائية (الفرع الثاني).

---

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص406.

[2]– بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص176.

[3] – محمد رايس، المرجع سابق، ص139.

الفرع الأول: استقرار القضاء والفقه على قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب

يعتبر القضاء الفرنسي مسؤولية الجراح عما يقع منه من خطأ أوإهمال في علاج المريض مسؤولية تقصيرية، تتطلب من المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب[1]، وكان هذا في القرن التاسع عشر أي استمر القضاء الفرنسي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الجراح إلى غاية 1936، أي قبل القرار الشهير في قضية "مرسي" التي كانت نقطة تحول في تغيير المبدأ المتفق عليه.

وما أدى بالقضاء الفرنسي إلى تطبيق المبدأ الذي يقضي بتطبيق المسؤولية التقصيرية هو نسيان الجراح لأداة من أدوات الجراحة بالجرح وترتب على ذلك وفاة المريض إلى جانب بعض الحالات التي يكون فيها الطبيب يتابع حالة مريضه ويعلم ما يوجد عنده من اضطرابات دموية يمكن أن تسبب له نزيف حاد عند أي تدخل جراحي، ومع ذلك يتدخل دون أية احتياطات، ففي مثل هذه الحالات يكون الطبيب أو الجراح، قد ارتكب خطئاً مهنيا ويكون محلا للمساءلة المدنية التقصيرية[2].

حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية[3] بالقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وذلك ما يتضح من خلال أحكام المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وهاتين المادتين تنطبقان على أي شخص سبب بخطئه ضررا للغير أيا كان مركزه أو مهنته، ولا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء[4].

وإن تبني القضاء النظرية التقصيرية كأساس لتطبيق المسؤولية التقصيرية على الأطباء أو الجراحين، يعود إلى أن حكمهم يستند إلى أن إلتزامات الطبيب لا تنشأ إلا من اتفاق المريض مع الطبيب فهي، من جهة، مجهولة لأحد طرفي ذلك الإتفاق، وهو المريض فلا يمكن افتراض أنها دخلت في دائرة الاتفاق، لا صراحة ولا ضمنا، وأنها من جهة أخرى، لا تخضع لإرادة أي

---

[1] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع سابق، ص55.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص197.

[3] – قضت محكمة النقض الفرنسية استنادا إلى المفهوم الذي عرضه المحامي العام Dupin ، بأن مسؤولية الطبيب فقد أحد مرضاه لذراعه نتيجة إهمال الطبيب في العناية والرعاية لمريضه وتركه بدون زيارة، خطأ يقع تحت طائلة المادتين 1382 و1383 من ق.م.ف، وهو خطأ خضع لتقدير قاضي الموضوع، وقد اعتبر هذا الحكم فتحا جديدا في حقل المسؤولية الطبية، نظرا لما كان سائدا في القانون الفرنسي من عدم مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المهنية المترتبة على مزاولة مهنتهم: نقلا عن: بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص141.، هامش رقم (1).

[4] – المرجع نفسه، ص141.

من الطرفين فلا سبيل إليها لإنشائها أو لتقييدها، لأنها من النظام العام، تفرضها قواعد المهنة وحدها، فهي أقرب إلى الالتزامات القانونية منها إلى الالتزامات التعاقدية، لهذا يترتب على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية[1].

وقد عزز أنصار إقامة المسؤولية التقصيرية للأطباء أو الجراحين رأيهم بحجج تبرر موقفهم وذلك بعدم جواز التعامل بحياة الإنسان، فالقانون هو الذي يكفل الحماية لحياته وجسده، فنجد القانون يحرم كل اتفاق أو عقد يكون محله المساس بجسم الإنسان، إلا أن هذه الحجة انتقدت على أساس أنها أخلطت بين المساس بحياة الإنسان والتزام الطبيب، حيث أن هذا الأخير يلتزم ببذل العناية من أجل الشفاء وفق مبادئ العلوم الطبية وأخلاق المهنة وما يمليه الضمير المهني[2].

إلى جانب أن عدم التكافؤ بين مستوى الطبيب والمريض، حيث لا يمكن لهذا الأخير تقدير الأمور وخاصة إذا كان من عامة الناس، أو أن يناقش تفاصيلها، وبالتالي لا يمكن القول بأن علاقة كل من المريض بالطبيب هي علاقة تعاقدية ما دام مركز الأول لا يتكافأ مع المركز الاجتماعي والثقافي للطبيب[3]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الجراح في الحالات التي لا يمكن فيها للطبيب أن يتعاقد مع المريض، وهذا يكون على إثر حادث خطير يمكن للطبيب أوالجراح التدخل دون اتفاق سابق بينه وبين المريض، فالحديث هنا ينصب على المسؤولية التقصيرية دون العقدية، مادام الطبيب يعد في حالة واجب تكفل النظام القانوني بتحديده[4].

وبناء على ذلك، فإن كل من الفقه والقضاء أجمعوا على أن الخطأ التقصيري هو عبارة عن الإخلال بالتزام سابق هو مع إدراك المخل إياه، وأن الالتزام السابق هو واجب محدد أو عام يفرضه القانون على الكافة وهو عدم الإضرار بالغير[5]، ويترتب عنه قيام مسؤولية تقصيرية في المجال الطبي لكن في حالات إستثنائية، وهذا ما كرسه الإجتهاد القضائي الفرنسي بقرار شهير

---

[1] –منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع سابق، ص57.

[2] – محمد رايس، المرجع سابق، ص362.

[3] – المرجع نفسه، ص 364.

[4] – المرجع نفسه، ص364.

[5] – إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع سابق، ص116.

صدر في 20 ماي1936عن محكمة النقض الفرنسية، بناء على تقرير المستشار "جوسران" و مطالعة النائب العام "مارتر" بالكلمة التالية:

".......فالأحوال تتغير وصعوبات جديدة تعترض، وإنه لما يشرفنا نحن رجال القضاء أن نذللها بالعمل و التفكير، وإذا كان البعض يذهبون إلى تركيز المسؤولية على أساس العقد والخطأ معا، فإن الإجماع يكاد ينعقد على طبيعتها التعاقدية، ما عدا حالات خاصة أهمها الحالات المنطوية على جريمة جزائية، والحالات الخارجة عن دائرة التعاقد، أوالناشئة عن بطلان العقد لسبب غير مشروع، والحالات المنبعثة من إعطاء الإفادات والتقارير الكاذبة، ونشر الأراء العلمية المنطوية على أخطاء في تعيين الجرعة الجائز إستعمالها في بعض العلاجات وخاصة تلك التي تحتوي على بعض المواد السامة والضارة "[1].

الفرع الثاني: قيام المسؤولية الطبية التقصيرية

إن اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية كقاعدة عامة، لا يعني التخلي عن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بين المريض والجراح، وفي هذه الحالات يتحمل الجراح هذه المسؤولية تجاه المريض الذي يعالجه (أولا)، ولا بد في الأخير من بيان موقف المشرع الجزائري من توقيع المسؤولية التقصيرية للجراح (ثانيا).

أولا: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للجراح

إذا كانت القاعدة العامة هي اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية يمكن إبراز حالات قيام المسؤولية التقصيرية فيما يلي:

1) حالة انعدام الرابطة العقدية

في هذه الحالة تكون المسؤولية الطبية تقصيرية، وذلك من خلال تدخل الطبيب من تلقاء نفسه، كإنقاذ شخص في حوادث خطيرة تستلزم عملية جراحية دون الأخذ بموافقة المريض[2]، فمثل

---

1 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص ص145-146

2 – صفية سنوسي، المرجع سابق، ص82.

هذا التدخل الطبي الجراحي لا يكون بناء على عقد وإنما يكون هذا التدخل قد دعى إليه الجمهور لإنقاذ المريض، وفي الحالة فإن الجمهور ليس ذي صفة في تمثيل المريض[1].

كما يمكن أن لا يوجد عقد طبي بين أطباء المرفق العام والمرضى الذين يعالجون فيه، فهنا لا يكون المريض حرا في اختيار الطبيب المعالج أو الطبيب الجراح، فلذلك لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه[2].

2) حالة بطلان العقد الطبي

أي بمعنى غياب رضا المريض في التدخل الطبي الجراحي دون وجود مصلحة علاجية، أي دون الرجوع عليه بمنفعة طبية أو علاجية للمريض، وهذا ما يمكن أن يكون محله غير مشروع ويؤدي إلى بطلان العقد[3].

مما يستوجب تطبيق المسؤولية التقصيرية على الأطباء طالما أن عمل الجراح هو عمل غير مشروع يؤدي إلى المساس بجسم الإنسان.

3) حالة امتناعه عن علاج مريض أو إنقاذه بلا مبرر مشروع

فالطبيب وإن كان حرا في مزاولة مهنته وله الحق في مباشرتها بالكيفية التي يراها، إلا أنه مقيد بما تفرضه مهنته من واجبات، وإلا اعتبر الطبيب متعسفا في استعمال حقه[4] وهذا ما نصت عليه المادة 9 من م.أ.ط.ج تنص على ما يلي: "يجب على الطبيب الجراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري". وبالتالي تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح إذا لم يتدخل لإنقاذ المريض وعلاجه مع أن حالته تستوجب ذلك.

إلا أنه يجوز للطبيب أن يمتنع عن علاج المريض في حالات معينة، كما في حالة إهمال المريض لتعليمات الطبيب أوتعمد عدم إتباعها، كذلك يمكن للطبيب رفض إجراء عملية جراحية

---

[1] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص ص 197-198.

[2] – المرجع نفسه ، ص203.

[3] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص149.

[4] – محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص199.

للمريض لأنه يعلم مسبقا أن من شأنه أن تسبب مضاعفات مضرة، لكن يجب أن يعلل سبب الإمتناع

4) المسؤولية تقصيرية في حالة إضرار المريض بالغير

إلى جانب ذلك أنه يمكن أن تكون مسؤولية الطبيب الجراح التقصيرية تجاه الغير، فتكون حين يكون الطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر شخص آخر غير المريض المتعاقد مع الطبيب، ومثال ذلك قيام أقرباء المتوفى جراء عمل جراحي برفع دعوى ضد الجراح لا بصفتهم ورثة له، بل باسمهم الشخصي لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصيا[1]، إذ ترفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد بين أقرباء المتوفى وبين الجراح.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية الطبية

يتبين موقف التشريع الجزائري بالنسبة لتحديد المسؤولية التقصيرية للجراح من خلال نص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل و المتمم بمقتضى القانون 90-17 التي نصت على إمكانية متابعة كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطإ مهني يرتكبه، خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته، وإذا لم يتسبب الخطأالمهني في أي ضرر يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية.

إلا أن ما قضت به محكمة تلمسان وذلك بحفظ الشكوى من قبل وكيل الجمهورية، المتعلقة بقضية الطفل الذي أصيب في عينه أثناء ولادته بالمستشفى الجامعي بتلمسان، والذي فقد بصره من جراء هذا العمل على أساس أن الخطأ يعد خطأ مهنيا لا يجوز متابعة الطبيب عليه، مخالفا بذلك نص المادة 239[2]. من ق.ح.ص.ت.ج المعدلة بقانون 90-17 الذي يأمر بتطبيق أحكام المادتين 288 و289 من ق.ع .

وقد لجأ والد الضحية المتضرر إلى القضاء الإداري الذي ألزم إدارة المستشفى بتعويض والد المضرور.

---

1 – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص151.

2 – المادة 239 من ق.ح.ص.ت تنص عما يلي:

"يتابع، طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحد له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته"

كما أن المادة 17 من م.أ.ط.ج قد نصت على وجوب امتناع الطبيب أو الجراح عن تعريض المريض لأي خطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه[1].

في حين يفهم من المادة 10 من م.أ.ط.ج ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب في ممارسة مهنته[2]، بحيث لا يخضع إلى أي توجيه كان، وإذا لم يحترم الطبيب الالتزامات الملقاة على عاتقه يجوز لمن تضرر رفع دعوى قضائية وفقا لنص المادة 221 من نفس المدونة، على أساس المسؤولية التقصيرية في الحالات التي يخالف فيها الطبيب واجب قانوني[3].

ونصت كذلك المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب على منع الطبيب من ممارسة مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية[4]. إلى جانب عدم تعريض المريض للخطر كإجراء عملية جراحية للمريض دون أن تتطلب حالته ذلك، ووضع حد لحياته بمجرد تعريض المريض للخطر[5].

وعليه فإن كل مساس بحق من حقوق المريض مادية كانت أومعنوية أوكلتيهما عن طريق تدخل طبي جراحي يتوجب التعويض عنها، وذلك لإستحداث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من ضرر نتيجة الأخطاء الطبية، وحتى يعد الضرر عنصرا أساسيا من عناصر المسؤولية الطبية يجب توافر شروط لإستحقاق التعويض عنه، فغياب الضرر يؤدي حتما لغياب المسؤولية المدنية للجراح، فيعد هذا الأخير مسؤول مسؤولية مدنية طبية عن كل عمل مهني يقوم به في حال ما إذا توافر كل من الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهما، فهي تعتبر ذات طبيعة عقدية كمبدأ عام وتقصيرية في الحالات الإستثنائية، ويكون ذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء لمقضاة المسؤول من طرف الضحية المتضرر أوذوي حقوقه لإستحقاق التعويض المناسب.

---

[1] – محمد رايس، المرجع سابق، ص365.

[2] – تنص المادة 10 من م.أ.ط على أنه: "لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

[3] – بلعيد بوخرس، المرجع سابق، ص152.

[4] – المادة 14 من م.أ.ط تنص عما يليك "....ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شانها أن تضر بنوعية العلاج والأعمال الطبية".

[5] – المادة 17 من م.أ.ط تنص على ما يلي: "....يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية".

خاتمة

يعتبر العمل الجراحي من الأعمال الطبية التي تؤدي إلى المساس بجسم الإنسان، فهي تعتبر إحدى الوسائل العلاجية التي يقوم بها الجراح بعناية فائقة، متبعا في ذلك الأصول العلمية والقواعد التي ترسمها الخبرة الإنسانية للأطباء، إلا أن هذا لا يمنع من بذل العناية الكافية قبل القيام بذلك، وأن لا يجريها إلا بعد الجزم بأنها الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض.

وقد وضحنا في بحثنا هذا مجال الخطأ الطبي في العمل الجراحي الذي يكون على مراحل متبعة في أصول مهنة الطب، سواء كانت مرحلة الفحوصات، أومرحلة إجراء العملية الجراحية المناسبة أي تقديم العلاج، أوفي المرحلة البعدية التي تشمل مراقبة المريض إلى ما بعد العملية وذلك للحفاظ على حياة المريض من أي خطأ طبي.

وباعتبار أن الخطأ الطبي يعتبر ركن أساسي في مجال المسؤولية الطبية المدنية، إلا أن المشرع الجزائري، وبعد استقرائنا لبعض النصوص المنظمة للمنظومة الصحية، لم يتعرض لبيان الخطأ في نطاق الأعمال الطبية بما في ذلك العمل الجراحي، بل اقتصرت بعض مواد من قانون الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب على بيان واجبات والتزامات الطبيب دون توقيع المسؤولية المدنية في حال الإخلال بها، وهذا ما يدفع القضاء إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية على الأطباء .

إلى جانب ذلك فإن الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية أدى بنا إلى اعتبار الطبيب مسؤولا سواء كان الخطأ الذي إرتكبه عاديا قائما على الإهمال وعدم الاحتراز، أو خطأ مهني يتمثل في مخالفة الأصول الفنية والتقنية لمهنة الطب. وعليه فالجراح يسأل عن كل خطأ يصدر منه مهما كانت درجته، جسيما كان أم يسيرا، عاديا أو فنيا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد ميزنا بين الخطأ الذي يقع في المستشفيات العامة وذلك الذي يحدث في العيادات الخاصة.

فالخطأ الطبي أحد أوجه الخطأ الفني أو المهني الذي يقع فيه الجراح لدى مخالفته للقواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته، هذا ما يجعله ملزم ببذل الحرص والعناية اللازمة لحماية المريض من الهلاك والمخاطر المتوخاة جراء الأضرار التي يمكن أن تنجر عن خطأ في عملية جراحية تتطلبها حالة المريض، وبناء على ذلك فإنه يبقى الأصل في إلتزام الطبيب في العلاج هو التزام ببذل عناية، غير أن القضاء اتجه لحماية المريض إلى التشديد في مسؤولية الأطباء والمستشفيات، وذلك عن طريق فرض الالتزام بالسلامة، والذي يتضح من خلال مسؤولية

الجراح عن أي ضرر يخل بسلامة المريض، وذلك لأن هذا الأخير يسلم نفسه للجراح، فعلى الأقل يضمن له السلامة والحماية، إلا أنه يمكن في بعض الحالات تحميل الطبيب الجراح الالتزام بتحقيق نتيجة، وذلك حماية المريض باعتباره الطرف الضعيف، وهذا ما جعل بالمشرع الجزائري إلى إعتبار إلتزام الطبيب بالسلامة إلتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء.

كما أن مساءلة الجراح عن أخطاء طبية تكون خارجة عن أصول مهنة الطب، أونتيجة عدم بذل العناية اللازمة لشفاء المريض، تقوم إذا تضرر هذا الأخير جراء الخطأ المرتكب من قبل الجراح بضرر يؤدي به للعجز الذي يؤثر على حياته الجسدية والمعنوية، باعتبار الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية بعد الخطأ الذي يصيب المريض، ولكن الضرر وحده لا يمكن من ترتيب المسؤولية على الجراح إلا إذا كان هناك ارتباط بين الضرر والخطأ الطبي المرتكب، بأن تقوم بينهما علاقة سببية .

إلا أن المشرع الجزائري قد أغفل عن نظرية تفويت الفرصة في المجال الطبي وخاصة في القوانين الخاصة بالمنظومة الصحية، والتي أوجدها القضاء الفرنسي من أجل تفادي تهرب الطبيب من خطئه الثابت كسبيل لمواجهة الشك الذي يطغى على الرابطة السببية بين خطأ الجراح والضرر النهائي، فلا بد من استحداث نص قانوني يبين أن كل خطأ طبي ولو لم يثبت أنه مباشر وأكيدا لضرر فوات الفرصة في الشفاء أوالبقاء على قيد الحياة، يعد موجبا للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح.

فعلى المشرع الجزائري تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب، أي الحالات التي تطبق فيها قواعد المسؤولية التقصيرية في المجال الطبي لتسهيل الطريق على المضرور للحصول على تعويض عن الضرر المصاب به، ولكي يفض النزاع والجدال عن تحديد طبيعة مسؤولية الجراح عقدية كانت أم تقصيرية، وعلى غرار القضاء الفرنسي جعل مسؤولية الطبيب عقدية كمبدأ عام ومسؤولية تقصيرية كاستثناء.

وعلى صعيد الآخر فقد وجدنا نقصا كبيرا في القضايا المرفوعة ضد الهيئات الاستشفائية أوحتى على الأطباء أوالجراحين في الجزائر مقارنة بالدول الأخرى، وهذا ما أثر سلبا على تطور الاجتهاد القضائي وجمود القوانين الخاصة بمهنة الطب، وعليه فيجب على المشرع الجزائري تعديل القوانين الخاصة بالمنظومة الصحية ذلك لعدم مواكبتها للتطورات والمستجدات القضائية في الدول المتطورة، والواقع.

قائمة المراجع

أولا:المصادر

1–السنة النبوية الشريفة

ثانيا: الكتب

أ)- الكتب العامة

1– إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام(العقد،الإرادة المنفردة،الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2009.

2– بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1996.

3– أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

4–علي فيلالي:– الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،الجزائر،2008

– الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

5– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ج2، الواقعة القانونية(العمل غير المشروع، شبه العقود، والقانون)، ط2، دار الهدى، الجزائر .2004

ب)- الكتب المتخصصة

1- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

2- أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، مصر، د.س.ن.

3- أمير فرج، أحكام المسؤولية على الجرائم الطبية من الناحية الجنائية، المدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، مصر 2011.

4- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء،ط1 ، دار الفكر الجامعي، مصر،2008.

5- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلاني، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د.س.ن.

6- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2007.

7- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.

8- منير رياض حنا: - الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، ط1، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2008.

- المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

9- محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء على العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.س.ن.

ثالثا:المذكرات الجامعية

1- بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/10/5.

2- سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/02/28.

3- صفية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، ورقلة، السنة الجامعية 2006/2005.

4- فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/07/4.

5- فريد صحراوي، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة2004-2005.

6- كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة2011/11/09.

7- ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 23جانفي2011.

8- وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2008.

رابعا: المقالات:

1- أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض و ضرورة العلاج الطبي، مجلة منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 19، الإمارات العربية المتحدة، ص ص 1- 41.

2- مراد بن صغير، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،1 نوفمبر 2007، ص ص 1-38.

3- فهد بن عبد الله الحزمي، الوجيز في أحكام الجراحة الطبية و الأثار المترتبة عنها. الموقع الإلكتروني:http:/www.safhatk.com، تاريخ الإطلاع 2013/05/15.

خامسا: النصوص القانونية:

أ)-النصوص التشريعية:

1-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات،ج ر عدد49 الصادرة في 11 جوان ،1966، معدل ومتمم.

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في20 رمضان1395ه الموافق ل26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة في 24 رمضان 1395الموافق ل30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم

3- قانون 84-11مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج رعدد24، المؤرخة في 21 رمضان 1404 الموافق ل 12 جوان 1984، معدل ومتمم.

4-قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16 فبراير المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر عدد 8 الصادرة في 17 فبراير 1985، معدل و متمم.

5-قانون رقم 90-17 المعدل و المتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها الصادر بتاريخ 17 فبراير 1985، ج ر عدد 35 الصادرة في 15 غشت 1990.

6-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد21 الصادر في 23 أفريل 2008.

ب)- النصوص التنظيمية:

1-مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

الفهرس